Bavar.
1445
a

Bav. Kienast
1445a

14452

Bavar.
1445a

R

111 B

Bav.
1445 a.

R.

m

Darstellung der Lehre

vom

Constitutum possessorium

nach

römischen und baierischen Gesetzen.

Von

Dr. Anton Kienast.

Ingolstadt 1819.

Bei Alois Attenkover, Buchdrucker und Buchhändler.

"Et hoc est unum mirabile mundi,,

Azo.

Die Veranlassung gegenwärtiger Abhandlung war die Preisaufgabe der Juristen-Facultät zu Landshut für das Studien-Jahr achtzehn hundert dreizehn auf vierzehn, welche ich bearbeitete, und welche nach ihrem wörtlichen Inhalte so lautet:

»Darstellung der Lehre vom constituto possessorio mit besonderer Rücksicht auf Exekution und Koncurs der Gläubiger nach römischen und baierischen Gesetzen.«

Die Beförderung zum Drucke gieng nur aus der Ueberzeugung hervor, daß man dieses Rechtsgeschäft immer durch Inconsequenzen verunstaltete, und noch irthümlich wesentliche Vortheile bei Kontractsverhältnissen durch dasselbe zu erzielen hofft.

Da ich den innigen Wunsch nicht bergen kann, zur Beseitigung dieser Gefährde der Contrahenten möglichst mitzuwirken, so wage ich, diese Abhandlung dem Drucke zu übergeben.

Am 6. Dezember 1818.

Römisches Recht.

Q u e l l e n.

1. Digesta.

XLI. 2 fr. 18 pr. de adquirenda vel amittenda possessione.

II. 8. fr. 15. § 2. qui satisdare cogantur.

VI. 1. fr. 77. de rei vindicatione.

XVII. 2. fr. 1. § 2. pro socio.

Eodem fr. 2.

2. Codex.

VIII. 54. c. 28. de donationibus.

Eodem. c. 35. § 5.

L i t t e r a t u r.

Codex Theodosianus. Const. 8 und 9 de donationibus.

Glosse zum Fragment 18 [XLI. 2] de adq. v. amit. possessione.

Azo. Summa in codicem, tit. de possessione nro. 9. Lugd. 1557.

Hugo Donellus. Comment. jur. civ. l. 5 c. 10 l. 14. c. 18

Hubertus Giphanius. Lecturæ Altorphinæ. Francof. 1605 ad leg. 10 de donationibus. S. 120.

Mascov. de constituto possessorio. Harderov. 1733. auch in opusc. ed. Püttman. p. 101.

Barth. Romulæus. Tractatus constituti possessorii. 1567.

v. Savigny: Recht des Besitzes 1806. 2te Auflage. § 27.

Dr. Karl Manert. Entwicklung des constitutum poss. nach röm. und baier. Recht. 1816.

Ausser diesen, den vorzüglichern Schriften, könnte ich noch die vielen Exegeten benennen, und die fragmentarischen Schriften und einzelnen Abhandlungen beyfügen, welche ich alle gelesen habe; allein es genügen jene, da es nicht die Mühe lohnt, diese zu lesen. Die Exegese fiel meistens zu karg aus, da sie nur eine Uebersetzung der Gesetzstelle enthält, und nicht in den Geist des Gesetzes einführt; die Bruchstücke aber beruhen nur auf unrichtigen Voraussetzungen, so wie die Abhandlungen bei aller Weitschichtigkeit doch die wahre Natur des Geschäftes nicht entwickeln, sondern durch Absprünge und Vermischungen verhüllen. Einzelne Allegationen aus ihnen kommen jedoch im Verfolg der Lehre vor.

Erster Abschnitt.

Begriff.

§. 1.

Aus den angeführten Quellen sind bereits die Grundtexte bekannt, in welchen nach der Lehre der Juristen das Verhältniß des constitutum possessorium ausgedrückt ist.

Alle Schriften über diesen Gegenstand führen zwei Arten auf, ein ausdrückliches und ein stillschweigendes constitutum; und beinahe alle Rechtslehrer 1) nennen

Fragment 18. pr. de adq. vel. amit. poss. (XLI. 2.)

die Hauptstelle, in welcher der Fall des constitutum possessorium ausdrücklich enthalten sey.

---

1) Abweichend sind: Hub. Giphanius in lect. altorph. ad l. 10 de donat. Er läugnet das constitutum possessorium, und behauptet, daß es, wie wohl durch den Gebrauch eingeführt, doch nur eine Erfindung der Glossatoren sey. conf. Floerke de const. poss. — Ingleichem läugnet es Fried. Schorch de C. P. in LL. Rom. non fundato. Sie lassen es aber doch in einzelnen Fällen zu. Puffendorf Observ. 9. 10. Tom I. läugnet es zum Theil; aber Guilelmo de cuneo verwirft es schlechterdings aus dem Prinzip: quod non detur fictio fictionis. — Nach Höpfner ist zweifelhaft, ob es in fr. 18 gegründet ist.

Dieses Fragment ist aus dem 23. Buche der Digesten des Celsus, und lautet:

"Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed *desino possidere* et alium possessorem minsiterio meo facio: nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni [2] præstat ministerium.

Ich suche den Sinn dieser Stelle zu entwickeln, welches dadurch erleichtert ist, daß die vorkommenden unbedeutenden Abweichungen der Lesearten ohne Einfluß auf Interpretation sind. [3]

§. 2.

Das angezogene Fragment spricht überhaupt vom Besitze. Dieses bedarf keiner Erwähnung; dahin deutet schon die Aufschrift des Titels "de adquirenda vel amittenda possessione,, in welchem es erscheint; so wie zunächst das Wort "possidere,, welches mit einem Doppelsinne die ganze Stelle durchläuft.

---

2) Hal. et Vulg. "possessionis.

3) In allen einschlägigen Gesetzesstellen des corpus juris ist die Ausgabe von Gebauer und Spangenberg zum Grunde gelegt.

Näher bestimmt sich sein Inhalt durch die Worte "*desino possidere et alium possessorem facio*,,; es ergiebt sich aber aus ihnen noch nicht der Umfang des zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, aus welchem allein ermessen werden kann, ob mit dem Erwerbe des Besitzes die Erlangung des Eigenthumes oder irgend eines andern Rechtes verbunden sey, oder ob nur der Besitz erworben werde. Die Stelle für sich läßt noch Zweifel, ob davon die Rede sey, daß Besitz zum Zwecke des Eigenthumes, oder irgend eines andern Rechtes übergetragen werde, oder daß nur Besitz übergehe. Gleich zweifelhaft ist, ob das Fragment beide Fälle enthalte. Bei allen Annahmen geht jedoch nothwendig hervor, daß der Besitz auf der einen Seite aufhöre, und wenn schon die Stelle selbst in ihrer Absonderung keine Auskunft giebt, von welchen Verhältnissen und Folgen das Aufhören des Besitzes begleitet sey, so findet sich dieses aus dem Zusammenhange, in welchem sie mit andern Stellen erscheint.

Den Anhaltpunkt zur Erklärung des Inhaltes unserer Hauptstelle giebt das frag. 17 § 1 de adq. v. amit. possessione. Es geht ihr gerade voraus, und heißt:

"Differentia inter dominium et possessionem hæc est, quod dominium nihilominus, ejus re-

manet, qui dominus esse non vult: possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradiderit, ut postea ei restituatur, desinat possidere.„

Durch den einfachen Entschluß, nicht besitzen zu wollen, höre ich auf zu besitzen; der einfache Entschluß, nicht Eigenthümer seyn zu wollen, hebt das Eigenthum nicht auf. Ich bleibe noch Eigenthümer, wenn ich auch vermöge meines Entschlusses, nicht besitzen zu wollen, aufgehört habe, Besitzer zu seyn. 4)

Der Besitz geht hier ohne Eigenthum weg, und die Worte des Gesetzes zeigen klar, daß nur jener Fall untergelegt ist, in welchem der Besitz unter Fortbestand des Eigenthumes aufhören soll. Es wollte vor Allem nur jenen Fall des Verlurstes des Besitzes darstellen, der durch blosse Aufgabe des zum Besitze nöthigen animus erfolgt; wenn es nun aber in Verbindung mit diesem von dem Verlurste durch Uebergabe spricht, 5) so kann auch dieser Fall nur unter Fortbestand des Eigenthumes gedacht werden, und um so gewisser, als zugleich von Restitution des Besitzes gesprochen wird. Auch ist an ein solches zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches

---

4) XLI. 2 fr. 3 § 6 de adq. v. am. poss.« amitti animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Nicht entgegen ist fr. 8 eod. — Savigny § 30.

5) in den Schlußworten: si quis igitur . . .

nach Absicht der Contrahenten Eigenthum erwerben und übertragen soll, in unserer Hauptstelle gar nicht gedacht. Nur dann, wenn der Besitzerwerb unter diesen Verhältnissen geschieht, ist der Satz gegründet, per possessionem adquiri dominium.[6]

Daß sowohl in dieser, als auch der nachfolgenden, unserer Hauptstelle für diese Lehre nur vom Verlurste des Besitzes unter Fortbestand oder Rückbehalt des Eigenthumes die Rede sey, zeigt auch die äussere Verbindung dieser Stellen unter sich und mit vorausgehenden. Sie folgen sich unmittelbar, entwickeln ein stuffenweises Verhältniß des Verlurstes des Besitzes, und zeichnen bis zum Verlurst durch Uebergabe deutlich den Gesichtspunkt des fortbestehenden Eigenthumes. Wenn nun auch in dem Fall der Uebergabe dieser Gesichtspunkt nicht deutlich ausgesprochen ist, so erscheint seine Annahme doch aus dem zusammengestellten Inhalte der verschiedenen Stellen als richtig.

Die Fragmente

15. (XLI. 2) de adq. v. am. poss.

„Rem, quæ nobis subrepta est, perinde intelligimur, desinere possidere, atque eam, quæ vi nobis erepta est. ——————

6) XLI. 1. fr. 20 § 2. de adq. v. am. poss. — Eodem. fr. 31. pr.

16. eodem.

„Quod uxor viro donavit, pro possessore possidetur.

17. pr. eodem.

si quis vi dejectus sit de possessione, perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.

führen offenbar nur Fälle des Verlurstes des Besitzes ohne Veränderung der Eigenthums-Verhältnisse auf; insbesondere aber drücken fr. 15 und 17 pr. das Verhältniß aus, daß der Besitz wider Willen des Besitzers aufhöre.

Gleiches ist schon nach gesetzlichen Bestimmungen der Fall, wenn der Besitz durch einfachen Entschluß aufgegeben wird, indem dieser nie die Kraft hat, auch das Eigenthum aufzuheben. fr. 17 § 1. eodem.

Dieses Aufhören des Besitzes mit Willen des Besitzers erscheint daher unter keinem andern Gesichtspunkte, als der Verlurst wider seinen Willen.

An diese Bestimmungen reihen sich unmittelbar die Fälle des Verlurstes durch wirkliche Uebergabe

fr. 17. in fine Eodem

und durch Uebergabe auf dem Representationswege [7])

fr, 18. pr. Eodem

und aus der Zusammenstellung der Gesetze müssen beide unter der Voraussetzung erklärt werden, daß eine Veränderung der Eigenthums- oder anderer Rechtsverhältnisse nicht eintrete. Zwar kommen hier Sätze vor, welche im Allgemeinen eine Beschränkung auf Besitz nicht leiden, denn Verlurst des Besitzes durch Uebergabe kann eben sowohl Eigenthum und andere Rechte zur Folge haben, als es sie nicht haben kann; aber das klare Streben des Gesetzes, blos die Fälle des Verlurstes zu bezeichnen, rechtfertiget diese Beschränkung um so mehr, als jene Sätze in den Bestimmungen über Besitzerwerb ausführlich entwickelt sind, und sich nirgends eine solche Beschränkung zeigt, wie auch in vielen andern, als den angeführten Stellen die Arten des Verlurstes ohne diese Beschränkung dargestellt werden. Die Tendenz des Gesetzes, die Fälle des Aufhörens des Besitzes zu bezeichnen, ist zwar bisher schon ausgeführt, aber sie erhebt sich noch durch das unmittelbar auf unsere Hauptstelle folgende fr. 19 pr. Eodem über allen Zweifel, wo bei Unterstellung

---

7) In Aufsuchung des Hauptinhaltes der Grundstelle wird die Kenntniß der hier vorkommenden besondern Art der Representation des Besitzes vorausgesetzt.

des Falles "Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit„ die Frage aufgeworfen wird:

utrum desinat possidere, an non?

worauf die Antwort folgt:

in promptu est, possidere desierit.

Sie ist es, welche die behauptete Beschränkung auch nach allgemeiner Regel nothwendig macht; denn das Aufhören des Besitzes kann sich ereignen ohne Folge des Erwerbes von anderer Seite, und da nur an den Erwerb des Besitzes die Erlangung des Eigenthumes, und anderer dinglichen Rechte geknüpft ist, so muß als Interpretations-Regel gelten, daß alle Gesetzesstellen, welche nicht ausdrücklich vom Erwerbe des Besitzes, und insbesondere jene, welche vom Aufhören desselben sprechen, den blossen Besitz, getrennt von jedem andern Rechte, zum Gegenstande haben.

Von diesem Gesichtpunkte muß ausgegangen werden, wenn dem Fragment 18. pr. de adq. v. am. possessione in einer Theorie über Besitz die ihm gehörige Stelle angewiesen, und sein Inhalt richtig erklärt werden soll. Es muß unter den Grundsatz subsumirt werden, daß der Besitz durch Aufgabe des animus possidendi verlohren gehe, und hierunter concurirt der Vertrag über Abtre-

tung des blossen Besitzes. Er ist ein eigentlich possessorischer Vertrag, da sein Objekt der blosse Besitz ist, woraus sich von selbst ergiebt, daß Erwerb und Verlurst eines andern Rechtes nicht eintrete. Bei diesem Vertrage ereignet sich aber auch eine Folge, welche in keinem andern Vertrage über Eigenthums- oder sonstige Rechte erscheint. Während nemlich diese nicht eher verlohren gehen, als bis sie ein Anderer erworben hat, ist dort durch den blossen Vertrag der Besitz verlohren, und es ist für meinen Verlurst gleichgültig, ob ihn mein Mitcontrahent schon erworben hat, oder nicht; — denn in ihm liegt stets die Aufgabe des animus possidendi.[8] Dieses Verhältniß findet sich zwar nicht ausdrücklich in den Gesetzen, ist aber nichts desto weniger gewiß, da es aus den Grundsätzen über Verlurst des Besitzes abgeleitet werden muß.

Ein solcher possessorischer Vertrag unterliegt dem fr. 17 § 1 de adq." v. amit. possessione in den Worten „si quis igitur ea mente possessionem tradiderit, ut postea restituatur, desinat possidere", und dem fr. 18. pr. eodem. In der ersten Stelle zeigt sich der Verlurst des Besitzes als klare Folge der wirklichen Uebergabe, daher auch das Gesetz ohne Umschweif denselben ausspricht. In der zweiten Stelle aber erregt die hierinn ausge-

8) v. Savigny § 32.

drückte Art des Besitzerwerbes von anderer Seite Zweifel gegen das Aufhören, und der Römer hatte bei dieser Gesetzstelle nur die Absicht, den hier besonders geeigenschafteten Verlurst zu bezeichnen, keineswegs aber einen Grundsatz für den Erwerb des Besitzes aufzustellen, daher er auch blos den Zweifeln über Verlurst begegnet.

Bei wirklicher Uebergabe einer Sache, sie mochte nun an den künftigen Besitzer, oder dessen Repräsentanten geschehen, war der Verlurst des Besitzes ausser Zweifel; wenn sich aber der Besitzerwerb durch die Person des bisherigen Besitzers, als Repräsentanten ereignen sollte (wo also die Detention bei dem Besitzveräussernden zurück bliebe) war der Verlurst bedenklich, da bei der im alten Zustande fortwährenden Detention kein factum in die Augen fällt, welches auf einen Erwerb des Besitzes schliessen liesse, und die Aufgabe des animus wieder zweifelhaft werden mag.

Die Zweifel erheben sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Besitz, und sind ausgesprochen

in XLI. 2. fr. 3 § 19 de adq. v. am. poss.
und eodem fr 3 § 5.

aber das Gesetz begegnet ihnen selbst, und zwar der in dem ersten Fragment enthaltenen Regel: "neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse" durch die ausdrücklichen Worte: desino pos-

ſidere et alium poſſeſſorem miniſterio meo facio, *nec muto mihi cauſam poſſeſſionis.* Es möchte nemlich ſcheinen, als lege derjenige, welcher erklärt, daß er in fremdem Namen beſitzen wolle, ſeinem Beſitze willkührlich einen neuen Grund unter, weil er wegen fortwährender Detention noch zu beſitzen ſcheine; aber wer in fremdem Namen beſitzt, beſitzt ſelbſt nicht, ſondern hört auf zu beſitzen, und von demjenigen, welcher gar nicht beſitzt, kann auch nicht geſagt werden, daß er ſich aus einem neuen Grunde den Beſitz zuſchreibe [9], da er oft ſogar die Detention in fremdem Namen hat [10]. Das Geſetz ſelbſt erläutert obige Regel in der Art, daß jeder Zweifel, als werde ein neuer Beſitztitel untergelegt, gehoben iſt, wenn es in fr. 19 § 1 eod. demſelben Grundſatze beyfügt: — credibile est, de eo cogitatum, qui corpore et animo poſſeſſioni incumbens, hoc ſolum statuit, ut alia ex cauſa id poſſideret: non si quis dimiſsa poſſeſſione prima, ejusdem rei denuo ex alia cauſa poſſeſſionem nanciſci velit.

Das zweite Fragment enthält die Regel: plures eandem rem in solidum poſſidere non poſſunt. Auch dieſer iſt das Geſetz in den Worten „deſino poſſidere, et alium poſſeſſorem facio“

9) Donell: comment. l. 5. c. 10.

10) Lauterbach ad digesta collegium pract. Tom. III. l. 41. t. 2. § 17. et ſeqq.

entgegengekommen, so daß nun das Aufhören des Besitzes bei dem bisherigen Besitzer, der ihn in Eigenschaft eines Repräsentanten auf einen Andern übertragen will, unbezweifelt ist.

Dieses Aufhören des Besitzes kann wohl von einem Erwerbe auf anderer Seite begleitet seyn, er ist aber nicht nothwendige Folge des Verlurstes, und kömmt in unserer Stelle nur vor, weil das Gesetz einen speciellen Fall des Verlurstes in Übertragung des blossen Besitzes durch Repräsentation in bisherigen dem Besitzer vorlegte. Der Römer wollte hierinn keinen besondern Grundsatz für den Besitzerwerb, wenn sich dieser durch Repräsentation in dem bisherigen Besitzer ergeben sollte, aufstellen, sondern führt das in andern Stellen ausführlich erörterte Repräsentations-Verhältniß nur zur nähern Erklärung der Stelle an. Auf jenen Satz, auf welchen die Juristen ihr constitutum possessorium bauen, kömmt er nur zufällig zu sprechen. Nachdem er die Grundsätze über Repräsentation deutlich und ausführlich erörterte, war ihm dieses Verhältniß in der Person des bisherigen Besitzers wohl zu klar, als daß ihm eine besondere gesetzliche Bestimmung nöthig scheinen konnte, da sich nicht die mindeste Abweichung ergiebt. Auch stünde bei solcher Erklärung das Fragment sehr ungereimt an seinem Platze. Er verband beide Lehren über Verlurst des Besitzes und Erwerb durch

Repräsentation in dem bisherigen Besitzer, und sein constitutum possessorium (wenn wir den in §. 18 ausgedrückten Fall so nennen wollen) ist ganz verschieden von demjenigen, welches die Juristen gewöhnlich lehren. Sein Gegenstand ist Besitzerwerb durch Repräsentation in der Person des bisherigen Besitzers, welcher sein Eigenthum und sonstige Rechte zurückbehält; nicht eine Entwicklung der Grundsätze über Repräsentation des Besitzes, was nach der gewöhnlichen Lehre die Hauptsache ist.

Noch römischem Rechte ist daher das constitutum possessorium «der Vertrag über den Erwerb des blossen Besitzes in der Art, daß »sich der bisherige Besitzer als Repräsentant »für den zu erwerbenden Besitz gerire.«

Es ist ein possessorischer Vertrag, welcher durch Repräsentation des Besitzes in Erfüllung gebracht wird. Blosser Besitz, als einziger Gegenstand des Vertrages; dann Erfüllung dieses Vertrages durch Repräsentation des bisherigen Besitzers sind seine Merkmale. Es besteht als besonderes Rechtsgeschäft mit seinen eigenthümlichen Wirkungen. In ihm spricht sich nur ein abgeleiteter Besitz aus, mit dessen charackteristischem Merkmale, daß der neue Besitzer nur animum possidendi, nie animum domini haben kann, da im Vertrage die Anerkennung

des fremden Eigenthumes liegt [11]. Es stellt das entgegengesetzte Verhältniß der procuratio possessionis exercendæ causa dar; während diese blos die Detention wirklich überträgt, giebt jenes den Besitz, behält aber die Detention zurück. Sein Bestand fordert daher einen doppelten Vertrag, einen Vertrag über Veräusserung des Besitzes als Hauptvertrag, welcher den zum Erwerb nöthigen Titel und animum possidendi enthält, und einen Vertrag über Repräsentation das Besitzes mit dem Besitzveräusserer als Nebengeschäft, wodurch das factum apprehensionis ersetzt wird.

Dieser ist der Sinn des Gesetzes, dessen Inhalt bei einer Trennung der in ihm vorkommenden Sätze nie richtig dargestellt werden kann.

§. 3.

Diese aus den Gesetzen entwickelte Ansicht unterstützt auch die Glosse.

Daß in dem fr. 18 blos BesitzGegenstand des Vertrages sey, bewähret sich

Erstens: durch die beigefügte Bemerkung der Glosse: "tot et tantæ sunt caussæ possessionis adquirendæ, quot sunt dominii adquirendi" [12]; indem hier eine Trennung des Besitzes und Eigenthumes ausgesprochen, und behauptet wird, daß

11) Hiedurch haben sich die von v. Savigny benannten Fälle des abgeleiteten Besitzes um Einen vermehrt.

12) XLI. 2. fr 3 § 21. de poss.

durch die nemlichen Rechtsgeschäfte, welche Eigenthum begründen, auch der blosse Besitz rechtlich erworben werden könne.

Zweitens: spricht es Accursius ganz bestimmt aus, da er zu den Worten: quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, den Zusatz macht, "ex justa causa: puta *donando*, vel *vendendo ipsam nudam possessionem*. Während alle Rechtslehrer zur Bezeichnung des constitutum an die Spitze ihrer Abhandlung den Satz stellen "vendo, dono tibi *fundum*, sagt die Glosse" vendo, dono tibi *ipsam nudam possessionem*. Hierinn ist der Hauptinhalt der Stelle ausgesprochen, und der Grund des gewöhnlichen Irthumes dargelegt. Die Worte können nichts anderes heissen, als daß nur der Besitz weggegeben werde; sie sprechen aber zugleich vom juristischen Besitze, denn der Ausdruck "nuda possessio„ kann nicht die Detention bedeuten, da aus dem Inhalte des Fragmentes hervorgeht, daß diese bey dem Besitzveräusserer bleiben soll. Bei solcher venditio oder donatio possessionis kann wohl keine andere Wirkung hervortreten, als Erwerb des Besitzes, und enthielte das Fragment ein Rechtsgeschäft, welches Eigenthum begründete, so bedürfte es keiner venditio oder donatio possessionis, indem schon aus der Natur des Geschäftes ein Recht auf Besitzerlangung entstünde.

Drittens: legt die Glosse auch darin einen Grund vor, daß sie zu den Worten: desino possidere, den Zusatz macht "et sic usucapere„ Wäre Übertragung des Eigenthumes Zweck des Vertrages, so würde dieses aufhören, und die Glosse hätte den Zusatz gemacht, daß das Eigenthum aufhöre, da in dem Aufhören der Usucapion nicht auch Verlurst des Eigenthumes liegt: denn wer aufhört zu usucapiren, hört nicht zugleich auf, sich das Eigenthum der Sache zuzuschreiben. Das Aufhören der Usucapion kann auch nur unter der Voraussetzung verstanden werden, daß der Nachfolger im Besitze diesen nicht ungestört bis zum Rückfalle an den vorigen Besitzer behalte; tritt dieser Rückfall ein, so erweckt der zurückerhaltene Besitz die Usucapionszeit, welche bisher ruhete, und es wird per accessionem possessionis usucapirt. 13)

Die Glosse fand diesem nach in dem Fragmente 18 eine Beschränkung auf den Besitz, und ingleichem fühlte sie auch, daß es dem römischen Juristen nicht zu thun war, einen Grundsatz für den Besitzerwerb aufzustellen, denn sie macht

Viertens: der bekannten Paralellstellen, in welchen die Juristen ihr stillschweigendes constitutum

---

13) XLIII. 26. fr 15 § 4. de precario. v. Savigny § 11. — Obgleich hier nur die Ausschliessung des Eigenthumes, und nicht zugleich anderer Rechte umfaßt ist, so wird die aufgestellte Behauptung nicht minder belegt, indem zur Annahme anderer Rechte kein Grund aufgefunden werden kann.

finden, gar keine Erwähnung. Sie stellt im Gegentheile die Fälle, in welchen ein constitutum nach der gewöhnlichen Lehre vorkömmt, in den Anmerkungen zu const. 28 cod. de donat. (VIII. 54.) zusammen, und führt unter ihnen das fr. 18 mit dem Beysatze auf "daß auch per pactum die Tradition als geschehen erscheine„. Würde sie in diesem Fragmente die Grundlage gefunden haben, so hätte sie umgekehrt verfahren müssen; allein sie erkannte alle jene Stellen für nichts anders, als sie sind, nemlich für einzelne Entscheidungen auf gestellte Anfragen, welche blos aus Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Repräsentation des Besitzes hervorgiengen. Es kommen in ihnen Handlungen vor, über welche erst geurtheilt, und gesetzlich ausgesprochen werden mußte, daß in ihnen stillschweigend eine Repräsentation des Besitzes gegründet sey. Wenn die Glosse zu jenen Stellen das fr. 18 fügt, und erwähnt, daß auch per pactum die Tradition sich ereigne, so geschieht dieses nur zur deutlichern Erklärung der verschiedenen Fälle, indem der im erwähnten Fragmente vorkommende ausdrückliche Vertrag der Repräsentation auch stillschweigend eingegangen werden könne; daß jedoch durch solchen ausdrücklichen Vertrag Besitz erworben werde, ist keineswegs ein specieller Grundsatz des römischen Rechtes für den Erwerb des Besitzes durch Reprä-

sentation, sondern vielmehr die reinste Anwendung der gedrängten Lehrsätze über denselben.

§. 4.

Diese Entwicklung des Begriffes des constitutum possessorium läßt sich auch aus seinem Wortverstande rechtfertigen, und während die Benennung als sachbezeichnend erscheint, beweiset sich zugleich, daß man mit der Sache auch das Wort, welches die Glosse zur Bezeichnung schuff, irrig auffaßte. Man nennet es eine willkührliche Erfindung des Mittelalters, da doch die Sache und der Name aus den Gesetzen geschöpft sind; durch Übertragung dieses Namens auf eine hetrogene Sache, verlohr man seinen wahren Begriff, welchen man bereits seit den Zeiten der Glosse vermißt, und selbst in den ältesten Schriftstellern, welche auf die Glosse folgten, unrichtig angegeben findet.

Spüren wir der Entstehung des Ausdruckes "constitutum possessorium" nach, so hat unverkennbar das in fr. 17 §. 1 de adq. v. am. poss. vorkommende "constituit„ den Grund gelegt. Dieses mag man sich vielleicht nicht gestehen, sondern lieber von "constituendo„ wie dieses in den Worten des Bartolus vorkömmt, womit er unsere Hauptstelle überschreibt, ableiten; zuleicht wird aber hier der wahre Begriff verfehlt, wenn nicht jener Sinn,

welcher dem constituit in fr. 17 unterliegt, auch hier angewendet wird.

Die reine hier anwendbare Bedeutung von constituere ist keine andere, als "Entschluß fassen„ nicht besitzen zu wollen. Dieses einfache Wollen bildet die Grundlage, und bestimmt den Umfang des gegründeten Rechtsverhältnisses, welches, wie sich ganz deutlich ergiebt, kein anderes seyn kann, als daß nur der Besitz aufhöre, indem Keiner Eigenthümer zu seyn dadurch aufhört, daß er erkläre, er wolle nicht mehr Eigenthümer seyn; er wird es daher um so weniger, wenn er blos den Entschluß hat, nicht mehr besitzen zu wollen. In dieser Grundbeziehung auf den blossen Besitz sind auch die Worte des Bartolus: ejus, quod possidemus; possumus alium facere possessorem, *constituendo* nos ejus nomine possidere zu erklären. Hier tritt nur noch das Besondere hinzu, daß den Verlurst des Besitzes ein Erwerb von anderer Seite als Folge begleitet, und nach dem Inhalt der Stelle sich die Bedeutung von constituere in "vertragen„ abändert, welcher Vertrag sich aber auch zunächst nur auf eine Repräsentation des Besitzes bezieht, um den zum Grunde liegenden possessorischen Vertrag in Erfüllung zu bringen. Nur so kann man im Gegensatze einer wirklichen Übergabe sagen, daß der Besitzerwerb durch Vertrag begründet werde, und das ausgedrückte Verhältniß ist kein anderes,

als daß ein abgeleiteter Besitz in der Person des bisherigen Besitzers als Repräsentanten übergetragen werde. So abgeleitet und erklärt ergiebt sich der Name von selbst, und es bedarf nicht der gezwungenen Erklärung Mascov's, welcher dem constitutum aus dem Grunde den Beynamen possessorinm giebt[14], weil nach der Vielfältigkeit der Rechtsgeschäfte auch der Besitz vielfältiger übergetragen wird, als das Eigenthum. Dieser Umstand giebt ihm auch seinen unrichtigen Eintheilungsgrund.

§. 5.

Zur deutlichern Einsicht in das bisher erörterte Rechtsgeschäft und seiner Anwendung führe ich eine Stelle aus Böhmer an, welcher den wahren Sinn des constitutum possessorium aufgefaßt hat. Sie ist in seinen Rechtsfällen enthalten: Responsum nro 65. De remediis, quæ competunt successori in principatu ad possessionem in casu delatæ successionis præ aliis obtinendam."

„Es soll nemlich der Besorgniß entgegnet wer„den, daß nicht eine Enkelinn, welche am Orte „ihres ohne Erben ablebenden Onkels wohnt, und „so leicht in Besitzergreifung Allen zuvor kommen

14) Er ist jedoch auch der Einzige, welcher zum Theil gegründet angiebt, warum es possessorium heiße. Gewöhnlich wird nur angeführt, daß es deßwegen possessorium heiße, um es vom obligatorium zu unterscheiden.

„kann, die Schwester des Onkels und deren Nach=
„kommen, die nach allgemeinen Rechten sowohl, als
„auch in Gemäßheit eines Hausvertrages oder pac-
„ti sororii das gegründete Erbfolgerecht hat, ver=
„dränge. — Es soll, da auf den Anfall des Erb=
„folgerechtes Streit zu besorgen ist, ja vielmehr das
„künftige Erbfolgerecht in den Fall und die Gefahr
„einer causæ et possessionis litigiosæ gezogen
„werden möchte, vorgebeugt werden. Die künftigen
„Successions=Irrungen zu hindern, und völlige Si=
„cherheit auf den dereinst sich ergebenden Landes=
„anfall zu bewirken, könnte eine kaiserliche Kommis=
„sion veranstaltet werden, welche zugleich auf Er=
„örterung des Erbrechtes, und des künftigen Be=
„sitzes gehe. — Aber für vorliegenden Fall ist es
„hinlänglich, solche Mittel zu wählen, durch welche
„der Besitz der Lande gesichert werden mag. Wenn
„solches bei Lebzeiten des Landesregenten mit Rechts=
„bestand bewirkt werden soll, so ist hier eine mit
„demselben zutreffende Vereinbarung vorauszusetzen,
„weil, so lange der Besitz der Lande nicht wirklich
„erlediget worden ist, eine Besitzergreifung nicht
„statt hat, wohl aber der regierende Landesherr sei=
„nem Nachfolger den Besitz der Lande seinem Rech=
„te unbeschadet selbst übertragen kann, und zwar
„durch das constitutum possessorium, welches
„mittelst einer Übereinkunft geschieht, in welcher
„der Herr des Landes seinen Besitz seinem Nach=

„folger förmlich übergiebt, und solchen Besitz „fernerhin nicht in eigenem, sondern in seines „Nachfolgers Namen beizubehalten sich erklärt, „dergleichen *constitutum* im gemeinen Rechte an „und für sich gegründet ist. *fr.* 18 *de adq. vel* „*amit. poss.*“

§. 6

Diese Darstellung des constitutum possessorium ist aber der gewöhnlichen Lehre fremd, denn sie legt in den Begriff desselben nur eine Repräsentation des Besitzes durch den bisherigen Besitzer, und gründet sich hierinn gleichfalls auf das fr. 18 de poss.

Es ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Repräsentation in der erwähnten Stelle ausgedrückt ist, allein sie ist nicht der Hauptgesichtspunkt des Gesetzes, sondern nur erläutert, um das Aufhören des Besitzes in dem bisherigen Besitzer klar darzustellen. Während dieses Aufhören der Hauptinhalt ist, finden die Juristen ein besonderes Verhältniß der Repräsentation in ihr. Dadurch verschwindet aber der eigentliche, auf den vollständigen Inhalt des Gesetzes gegründete Begriff (§. 2); daher kömmt es auch, daß man es im Kapitel über Erwerb des Besitzes abhandelt, und bei allen Geschäften, in welchen überhaupt Besitz erlangt werden soll, zuläßig findet, da es schicklicher im Kapi-

tel über Verlurst behandelt würde. Für diese Sätze spricht auch der Umstand, daß es in neuern Werken wirklich im Kapitel über Verlurst abgehandelt wird, und schon Donell die Stelle vom Verlurst erklärte. Nachdem aber die Juristen unter der Benennung constitutum possessorium eine Art der Repräsentation des Besitzes ausdrücken wollen, so erläutere ich es nach dieser Ansicht. Sie kann auch um so richtiger mit ihm verbunden werden, als der Name, den Gesetzen fremd, keinen gesetzlichen Begriff hat, und die Sache selbst nichts weniger in dem Rechtssysteme gegründet ist, wenn gleich kein specielles Gesetz, welches der römische Jurist bey seiner Kenntniß des RepräsentationsVerhältnisses nicht nöthig erachtete, ausdrücklich dafür spricht.

§. 7.

Der Besitz kann durch ein bestimmtes Wollen (animo) und zugleich mitexistentes facktisches Verhältniß zur Sache (et corpore simul) erworben werden. Dieses facktische Verhältniß, in welchem sich die Möglichkeit der ausschliessenden Einwirkung darstellt, muß aber nicht nothwendig bey dem Besitz-Erwerbenden existiren, sondern kann auch in der Person eines Andern vorkommen, welcher es für ihn zum Behuf des Besitzerwerbes ausübt, und so bildet sich der Erwerb des Besitzes durch Stell-

vertreter. Stellvertreter kann aber jeder seyn, welcher überhaupt juristisch fähig ist, einem Andern Besitz zu erwerben, und wer diese Fähigkeit besitzt, kann natürlich einem Andern den Besitz um deswillen nicht weniger erwerben, weil er, der Repräsentant, bis auf diesen Augenblick den juristischen Besitz gehabt hat. In der Person des Repräsentanten existirt schon das facktische Verhältniß, es bedarf keines besondern Ergreifens der Sache, keines sogenannten factum apprehensionis. Es kömmt nur eine traditio brevi manu vor, und stellt sich das in der Person eines Andern, als des bisherigen Besitzers vorkommende Verhältniß dieser traditio nur umgekehrt dar. Wie nemlich hier derjenige, welcher bisher die Detention ohne Besitz hatte, durch den blossen animus possidendi, ohne neues factum den Besitz erwirbt, so verwandelt sich dort gleichfalls durch blosses Wollen der Besitz in Detention, und das Recht des Besitzes wird unmittelbar auf eine andere Person übergetragen.

Diese Art, den Besitz überzutragen, nennen die Juristen constitutum possessorium, und drücken es daher auch im Allgemeinen so aus, daß in ihm die Bestimmung liege, daß der bisherige Besitzer Repräsentant eines fremden Besitzes (procurator possessionis) seyn wolle.

So wichtig für das Leben das constitutum possessorium wurde, so ist in ihm doch keine ande-

re Auszeichnung, als daß man es stets mißverstand, und, — noch mehr — die grundlosesten Anwendungen machte. Hätte man dem einfachen Geschäfte nicht so viele und verschiedene Sonderheiten und Wirkungen angedichtet, welche ganz ausser seiner Sphäre liegen, so hätte es nie sein gegenwärtiges Ansehen erlangt, welches ihm nicht blos bei Pracktikern, sondern selbst Rechtsgelehrten noch gesichert ist, die es für ein wesentliches Übersehen halten, wenn bei Käufen das constitutum possessorium nicht vorbehalten wurde.

Seinem Wesem nach ist es nichts Anderes, als eine procuratio possessionis exercendæ causa[15], deren Verhältniß die Formen des Kaufes, Pachtes, Besitzvertrages oder anderer Rechtsgeschäfte nicht abändern. In ihm kömmt nur eine gewöhnliche traditio brevi manu, und ein gewöhnliches RepräsentationsVerhältniß vor. Die Behauptungen, als sey es eine umgekehrte traditio brevi manu, und als werde hier blos durch Vertrag Besitz erworben, sind unrichtig. Brevi manu traditio ist nur jene Art der Übergabe, bey welcher die Detention schon bey derjenigen Person ist, welche das factum apprehensionis vornehmen soll, es mag diese Person der wirkliche Besitzerwerber oder sein Repräsentant seyn. Da

---

15) XLIII. 16. fr. 1. § 22 de vi et vi armata.

nun bey dem constitutum in der Person des bisherigen Besitzers der nemliche Fall eintritt, so kömmt auch hier nur eine einfache gewöhnliche traditio brevi manu vor, und es ist nicht einzusehen, wie sich eine umgekehrte traditio brevi manu äussern und darstellen sollte, wenn man sie in ihrem Wesen betrachtet, und ihr nicht willkührlich in Beziehung auf die Person, in welcher sie erscheint, eine andere Gestalt beylegen will.

Eben so ist die Behauptung, daß durch blossen Vertrag Besitz erworben werde, unrichtig, so lange man ein nebenher existirendes facktisches Verhältniß zur Sache ausschließt, wie es in einer neuern Pieçe geschah, in welcher behauptet wird, daß die Übergabe ohne körperliches factum, ohne alles körperliche Handeln, durch die blosse Erklärung des Besitzers, daß er künftig in fremdem Namen besitze, vorgehe, und daß eine Präexistenz der Besitzergreifung nicht hieher bezogen werden könne, weil der bisherige Besitzer damals den Besitz für sich ergriffen, und einen andern animus hatte, als jetzt erfordert wird, da das factum für einen Andern vorgenommen werden soll. Diesem muß man erwidern, was Iavolen an Labeo rügte, welcher in fr. 51. (XLI. 2.) de poss. den Besitz ohne alles körperliche Handeln erwerben läßt — „daß er den Erwerb durch einen Stellvertreter, und Erwerb ohne körperliche Berührung vermenge". Solche Be-

hauptungen widerstreiten den Grundsätzen über Besitzerwerb, welche animus und factum in Vereinigung fordern. So lange man dem factum den Begriff einer Ergreifung, oder eines körperlichen Handelns auf die Sache, oder gar Eigenschaften und Wirkungen eines Rechtstitels unterlegt, wird man wohl sonderbare Behauptungen aufstellen, und Tradition fingiren müssen; wenn man sich aber, seinem gesetzlichen Begriffe gemäß, mit der Existenz des facktischen Verhältnisses der möglichen Einwirkung auf die Sache, es möge wie immer erzeugt werden oder schon bestehen, begnügt, so hat man nicht Ursache im constitutum das factum auszuschliessen, oder eine traditio zu fingiren, vielweniger ihr einen Erfolg zuzuschreiben, welcher erst aus ihrer Verbindung mit einem Rechtstitel entsteht. Am wenigsten aber reicht es hin, das factum aus dem Grunde zu verbannen, weil der bisherige Besitzer, und nunmehrige Stellvertreter bey der frühern Besitzergreifung einen andern animus hatte, als jetzt erfordert wird, denn das facktische Verhältniß ist vom animus unabhängig; man darf nur nicht übersehen, daß durch Aufgabe des animus der Besitz verlohren sey, und doch das facktische Verhältniß fortbestehen könne.

Zur rechtlichen Vollkommenheit des Geschäftes muß daher mit v. Savigny behauptet werden, daß

das factum vermöge seiner Präexistenz dem Rechtsgeschäfte zur Seite gehe. 16)

Dieses ist in den Worten „alium possessorem *ministerio meo* facio„ ausgesprochen; denn zu meiner Erklärung muß noch hinzukommen, daß ich schon in der Detention der Sache bin; und in diesem Gesichtspunkte ist auch der Satz aufgestellt: *traditionibus*, et usucapionibus dominia rerum non *nudis pactis* transferuntur. 17) Man darf nur den rechtlichen Bestand des Geschäftes mit seinem facktischen nicht verwechseln, und man wird sich bald vereinen. Wohl kömmt bey Abschliessung des Geschäftes ausser der Erklärung nichts facktisches vor, aber in rechtlicher Beziehung geht ihm das zum Erwerb des Besitzes nothwendige factum zur Seite. — Animo *nostro*, corpore *etiam alieno* possidemus XLI. 2. fr. 3 § 12 de poss.

Von den übrigen Eigenschaften und Wirkungen, welche man ihm noch zuschreibt, wird später abgehandelt.

§. 8.

Nach den bisherigen Erörterungen stellt sich das constitutum possessorium von selbst als jener Nebenvertrag dar, in welchem sich der bishe-

16) § 27.

17) II. 3 c. 20 de pactis.

rige Besitzer einer Sache verbindlich macht, diese fernerhin als Repräsentant eines fremden Besitzes inne zu haben, und es bedarf keiner weitern Rechtfertigung dieses Begriffes. Eine Eigenschaft dieses Vertrages muß aber vor Allem hervorgehoben werden, indem sich nur in ihr das Wesen des Geschäftes erkennen läßt, und nachgänige Folgerungen darauf beruhen. Es ist nemlich nicht zu übersehen, daß das ganze Geschäft, wie jedes andere Verhältniß freyer Repräsentation in einem Auftrage Besitz zu erwerben ruhe. Da es nur eine Anwendung der Grundsätze über Repräsentation des Besitzes (§ 3 n 4) darstellt, so theilt es mit ihr auch die nemliche Eigenschaft, stellt aber das Verhältniß zugleich auch vereinfacht dar, indem z. B. insbesondere eine ignorantia possessionis nicht vorkommen kann.

§. 9.

Zum Schluße des ersten Abschnittes nur noch eine kurze Ausführung des Begriffes, um eine genauere Betrachtung der verschiedenen Definitionen, worauf alle Irthümer der Lehre beruhen, und schiefe Folgerungen hervorgehen müssen, zu veranlassen.

In der schon erwähnten Pieçe heißt constitutum possessorium jener Nebenvertrag, vermöge dessen sich der bisherige Eigenthümer einer Sache

bey Übertragung seines Eigenthumes und des Besitzes ohne wirkliche Übergabe die Inhabung vorbehält.

Um was diese Definition zu viel in sich faßt, ist schon aus dem bisher Gesagten klar, abgesehen von dem übrigen Ungeräumten, welches in ihr noch vorkömmt.

Da das constitutum nur den Besitzerwerb betrift, so ist in einer Definition auch nur vom bisherigen Besitzer zu sprechen, abgesehen vom Eigenthume, welches nur nach der besondern Eigenschaft des Hauptgeschäftes zur Sprache kommen kann. Jedenfalls ist aber unrichtig, wenn man den Vertrag blos in der Person des bisherigen Eigenthümers zuläßt, indem unbezweifelt jeder Besitzer auch der nicht Eigenthümer ist, dieses Geschäft eingehen kann. Hieraus erhellet zugleich, daß auch das Merkmal, als werde Eigenthum und Besitz zugleich übergetragen, falsch ist. Endlich ist es mit dem Wesen des Geschäftes unvereinbar, in seinem Begriffe einen Vorbehalt der Inhabung aufzunehmen, indem in einem Repräsentations-Verhältnisse nur ein Auftrag an den bisherigen Besitzer liegt, und noch nichts zum Vortheil des Repräsentanten geschehen soll, was doch das Wort "Vorbehalt" zu klar ausdrückt. Wenn von einem Vorbehalt der Inhabung wirklich die Rede seyn soll, kann er nur auf die Fälle des stillschweigenden constitutum an-

gewendet werden; diese können aber den Begriff um so weniger bestimmen, als in ihnen nur nach der besondern Beschaffenheit des beigefügten Geschäftes, aus welchem erst auf ein stillschweigendes constitutum geschlossen wird, ein Vorbehalt erscheint.

Eben so darf in die Definition nicht aufgenommen werden, was sich erst als Folge aus der Natur des Geschäftes ergiebt. So Mascov § 11 "Constitutum possessorium est conventio, qua duplici traditione ficta dominium et possessio, vel possessio tantum, solo animo convertuntur in detentionem.

§. 10.

Hiemit schließt der erste Abschnitt, und es übrigt nur noch eine kurze Vergleichung der aufgestellten zwei Begriffe nach dem Gesetzesinhalte und nach der gewöhnlichen Lehre, deren Vereinigungs- und Scheidepunkte deutlich bezeichnet sind. Es zeigt sich offenbar, daß das constitutum nach der gewöhnlichen Lehre in dem Ersten immer enthalten ist, und bey allen Geschäften, aus welchen zu was immer für einen Zweck Besitz erlanget werden soll, statt finden kann; doch kann es im Gegentheile bey jenen Geschäften, wo dem Erwerber die Detention selbst nothwendig ist, nicht angewendet werden,

z. B. es ersucht mich Einer, ihn zum Vergnügen mein Pferd reiten zu lassen, und ich wollte die hier nothwendige Übergabe dahin durch ein constitutum ersetzen, daß ich erkläre, ich wolle es in seinem Namen reiten.

Zweiter Abschnitt.

Eintheilung und Arten.

§. 11.

Aus dem Begriffe des constitutum possessorium nach der gewöhnlichen Lehre ergiebt sich, daß sein Wesen in einem Vertrag über Repräsentation des Besitzes mit dem bisherigen Besitzer bestehe. Die Beschaffenheit dieses Vertrages, bezogen auf sein Grundmerkmal „gegenseitige Einwilligung der Contrahenten„ bestimmt die Eintheilung und Arten des constitutum.

Die Einwilligung kann eine ausdrückliche, eine stillschweigende, und im Falle das Gesetz die Annahme der Einwilligung vorschreibt, eine gesetzliche seyn, und hierauf gründet sich die Eintheilung in ausdrückliches, stillschweigendes und gesetzliches constitutum possessorium.

Ist die ausdrückliche Erklärung der Contrahenten vorhanden, daß der bisherige Besitzer nur noch einen fremden Besitz an der Sache verwalten soll, so besteht ein ausdrückliches constitutum, und die Sache unterliegt keinem Zweifel. Dieser Fall ist

aber sehr selten. Kann eine solche Bestimmung des Willens aus anderen Erklärungen oder concludenten Handlungen gefolgert werden, so entsteht ein stillschweigendes constitutum. Wenn aber in einem gegebenen Falle, in welchem jene Erklärung weder ausdrücklich noch stillschweigend vorliegt, nur aus gesetzlicher Bestimmung ein solcher Vertrag angenommen werden muß, so erscheint ein gesetzliches constitutum.

Diese Eintheilung ist aber allen Schriften über unsern Gegenstand fremd. Sie lassen immer nur ein ausdrückliches und stillschweigendes constitutum gelten, und fügen noch den Satz bey, daß ein constitutum nicht präsumirt werden dürfe. Bey Angabe der Arten vergessen sie aber, daß bey der societas omnium bonorum weder eine ausdrückliche noch stillschweigende Erklärung für ein constitutum vorhanden sey, und daß in der blossen Eingehung der allgemeinen Gütergesellschaft kein factum liege, welches eine solche Willensbestimmung verriethe. Hätte nicht hier das Gesetz bestimmt, daß die einzelnen Sachen als gegenseitig übergeben betrachtet werden sollen, so wäre auch ein constitutum nicht anzunehmen. Eben so verfehlen sie die wahre Ansicht der præsumtio, wenn sie sagen, "daß ein constitutum nicht präsumirt, und „nur dann angenommen werden dürfe, wenn sein „Daseyn aus einer andern Handlung nothwendig

„folgt;“ — denn in diesem Falle kann nur von einem stillschweigenden constitutum die Rede seyn. Die Kraft einer Vermuthung geht immer nur aus dem Gesetze hervor, und es giebt nur in so ferne ein vermuthetes constitutum, als es die Gesetze, ohngeachtet der mangelnden ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung als vorhanden annehmen; allein dieser Begriff fällt mit den gesetzlichen constitutum zusammen.

Von den angeführten drey Arten bedarf das ausdrückliche keiner weitern Erörterung mehr; aber das stillschweigende und gesetzliche sollen durch die Gesetzesstellen, in welchen sie vorkommen, erläutert werden. Diese beyden Arten sind genau zu trennen, denn aus ihrer Natur geht die Folgerung hervor, daß das stillschweigende constitutum nicht auf jene Fälle eingeschränkt seyn könne, welche das Gesetz unmittelbar nennt, folglich sie nur als Beyspiele dienen; 18) das Gesetzliche hingegen über die gesetzlichen Fälle nicht ausgedehnt werden dürfe.

§. 12.

Die Gesetze, in welchen Beyspiele des stillschweigenden constitutum vorkommen, enthalten solche

---

18) Einige nehmen nur die in den Gesetzen genannten Fälle an, erklären sie jedoch auch manchmal anders, als durch ein constitutum. Giphanius. Schorch

Rechtsgeschäfte, in welchen immer von selbst ein constitutum liegt. Dieses ist nemlich stets der Fall, wenn dem neuen Erwerber ein Recht beygelegt wird, welches juristischen Besitz, und dem bisherigen Besitzer nur ein solches vorbehalten wird, welches possessionem naturalem giebt, denn es liegt hierinn die Erklärung des bisherigen Besitzers, daß er die Sache auf den Namen des neuen Erwerbers besitzen wolle. Daraus folgt, daß in Verabredung solcher Geschäfte von selbst das zum Erwerb des Besitzes erforderliche factum in der Person des bisherigen Besitzers, nunmehrigen Repräsentanten, präexistirend erscheine.

Solche Rechtsgeschäfte sind aufgeführt:

Erstens: in fr. 15 § 3, qui satisdare cogantur (II. 8.)

Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam.

Wenn nemlich eine Sache Gegenstand eines Pfandcontractes ist, zugleich aber der Gebrauch dieser Sache dem Schuldner precario überlassen wird, ist durch ein constitutum dem Gläubiger der Besitz der Sache erworben.

Dieser Satz scheint zwar mit den Worten des Gesetzes im Widerspruche; allein Macer in seinem

Buche de appellationibus, aus welchem die Stelle entnommen ist, trennet hier die Rechte des Pfandgläubigers und des Pfandschuldners rücksichtlich des Besitzes, wie Javolen in fr. 16 de usurp. (XLI. 3) bestimmt ausdrückt, wenn er sagt: qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.

Das nemliche Rechtsverhältniß stellt sich in fr. 16 de oblig. et act. (XLIV. 7.) dar.

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam acceperat, et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat, et precario rogavit: precario possidet, nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem (hereditati) adquirit: ita precario dando efficit, ne res usucapi possit.

Das ganze Geschäft muß hier als durch ein constitutum abgeschlossen betrachtet werden, so daß das precario dare und pignus accipere als in einem Momente vereiniget erscheinen; denn nur daraus läßt sich der bey dem ersten Anblick paradox scheinende Satz: ita precario dando efficit, ne res usucapi possit, erklären. Die Usucapion des Schuldners konnte nicht durch das precarium unterbrochen werden, sondern wurde es durch die Verpfändung; da aber das precario dare und

pignus accipere in einem Momente zusammentreffen, so konnte ohne Gefahr das Erste genannt werden, um die Wirkung des pignus accipere zu bezeichnen.

Dieses in beyden Stellen vorkommende Rechtsgeschäft "pignus cum precario„ findet seinen Bestand ausdrücklich in fr. 6 § 4 (XLIII. 26) de precario. Hier wird die Pfandsache rogirt, und auf die Frage: an precarium consistere rei suæ possit? geantwortet: verius, precarium consistere: cum possessionis rogetur, non proprietatis. In der nemlichen Stelle weiset sich auch in den Worten "quotidie precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederant„ sein häufiger Gebrauch nach.

Von diesem pignus cum precario ist aber das pactum hypothecæ, welches mit ihm sehr viele Ähnlichkeit hat, wohl zu unterscheiden. Welches von beyden geführt worden ist, muß der besondere Fall entscheiden, jedoch wenn gewiß ist, daß nicht dieses pactum, sondern der contractus pignoris verbunden mit precarium eingegangen war, so ist die Uebertragung des Besitzes eine unmittelbare Folge, und bedarf nicht etwa noch eines Beweises, denn wenn der Schuldner das Pfand rogirt, so geschieht es offenbar mit Rücksicht auf den juristischen Besitz des Gläubigers, und es muß aus

dem Zwecke des ganzen Pfandcontractes nothwendig folgen, daß das angehängte precarium die blosse Detention zum Gegenstand habe.

Zweitens: in 77 de rei vindicatione (VI, 1.)

Quædam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam.

Wer eine Sache verschenkt, und zugleich pachtet, hat zwar nicht ausdrücklich erklärt, daß er im Namen des Geschenkten besitzen wolle, allein er will, daß gleich jetzt zwischen ihm, und dem Andern ein Pacht existire. Davon ist die nothwendige Folge, daß der Geschenknehmer Besitzer, er aber Verwalter des fremden Besitzes sey; — folglich ist hier durch ein stillschweigendes constitutum der Besitz wirklich übergetragen.

Dieses Verhältniß spricht sich auch in fr. 21 § 3 de poss. (XLI. 2) aus: Qui alienam rem precario rogavit, si eandem rem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur; indem hier der von dem Roganten gehabte juristische Besitz durch die dazwischen kommende Pacht an den Eigenthümer zurückkehrt, und würde sich auch in fr. 32 § 1 eodem "si conductor rem vendide-

rit, et ab emptore conduxerit — et utrique mercedes præstiterit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet,, darstellen, wenn das hier vorgehabte Pachtverhältniß überhaupt zur Wirksamkeit hätte kommen können.[19] Dagegen wird, wenn der Verpächter die verpachtete Sache einem Dritten verkauft, und zugleich vom Käufer pachtet, durch ein constitutum Besitz übergetragen. Zwar wird dieser Satz von Vielen geläugnet, aber nicht minder, als jeder andere Besitz, kann der durch Repräsentanten ausgeübte übergetragen werden.[20] Dieses kann sich jedoch nur bey dem wirklichen Besitzer ereignen, nicht aber wenn sein Repräsentant z. B. der Pächter die gepachtete Sache an einen Dritten verpachten würde, ohngeachtet die Repräsentation durch mehrere Personen gehen, und der Besitz fortgesetzt werden kann;[21] indem zwischen ihm und seinem Afterpächter, dessen Pacht er ebenfalls ausüben wolte, das Grundverhältniß des constitutum nicht besteht. Dem Pächter mangelt der Besitz, auf welchen das constitutum gegründet ist.

Hierin erläutert sich die wesentliche Eigenschaft des constitutum possessorium, und sein unter:

---

19) Giphanius erklärt diese Stelle auch wirklich durch ein constitutum per conductionem.

20) Merenda Contr. III. 21.

21) XLIII. 16. fr. 20. de vi et vi armata.

scheidendes Merkmal von jeder andern Art der Uebergabe. Sie liegen in der Beschränkung auf den bisherigen Besitzer, der sein jus possessionis überträgt, während jede andere Art der Uebergabe auf blosse Detention erstreckt, und auch diese in fremdem Namen verwaltet werden kann. Der Besitzer wird blosser Detentor. Dadurch ist es unter den mehrern Repräsentanten, welche nie Besitz haben, ausgeschlossen, nnd kann nur in ihrer Beziehung zum wirklichen Besitzer, dessen Besitz blos zufällig durch mehrere Personen hindurch mit gleichem animus des ersten Repräsentanten verwaltet wird, bestehen. In diesem stellt sich zugleich die Annahme eines quasi constitutum als ungegründet dar.

So wie durch die eingegangene Pacht auf einen Andern der Besitz übergetragen wird, geschieht dieses auch durch die Miethe, wie die Stelle XIX. 1 fr. 21 § 6. de act. emt. vend. zeigt. Qui domum vendebat: excepit sibi habitationem, donec viverit: aut in singulos annos, decem.—

Diese Stelle ist mit Giphanius durch ein constitutum zu erklären, denn es wird hier offenbar ex retentione habitationis der Besitz übergetragen; doch bleibt nach Leyser 22) der Fall ausge=

22) Leyser. Meditationes ad Pand. lib 41 tit 1. specim. 445 Band VII de ficta traditione.

schlossen, daß im verkauften Hause nur ein Theil zur Wohnung vorbehalten wurde, weil von einem constitutum nicht eher die Rede seyn könne, als bis die übrigen Theile wirklich übergeben sind. Allein ohne Grund, denn in der Miethe liegt die stillschweigende Erklärung der Repräsentation, welche sich bey dem bestehenden Detentions-Verhältniß nicht blos auf das speciel gemiethete Zimmer erstreckt, sondern auf das ganze Haus, dessen Detention nur fortgesetzt wird. Nur die allgemeine Ausnahme irgend eines Zimmers kann eine Abweichung begründen, da in diesem Falle eine Miethe noch nicht vorhanden erscheint.

Drittens: in const. 28 de donationibus (VIII. 54.)

Quisquis rem aliquando donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio: sed omni modo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

Wer eine Sache verschenkt, oder verkauft, oder zur dos giebt, und den usumfructum für sich zurückbehält, hat durch constitutum Besitz, und mit diesem das Eigenthum wirklich übergetragen, und verwaltet von jetzt an, wie jeder usufructuar frem-

den Besitz. Es ist deutlich ausgesprochen, daß die retentio ususfructus die Tradition ersetze, und wird in der constitutio 35 § 5 (VIII. 54.), nachdem mehrere Fälle der Schenkungen aufgezählt werden, durch die Worte

— sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerat a donatore retentus et traditionem jure intelligi fieri, wiederhollt.[23]

Werden nun diese drei Fälle zusammengefaßt, so ergeben sich als die vorzüglichsten Arten des stillschweigenden constitutum das pignus cum precario — die retentio ususfructus in re donata, vendita aut in dotem data, — und conductio rei alienatæ (insbesondere retentio habitationis.) Nur diese sind im römischen Rechte ausdrücklich genannt, aber keineswegs das Geschäft durch eine gesetzliche Bestimmung auf sie beschränkt. Das constitutum findet seiner Natur nach in allen Rechtsgeschäften statt, aus welchen ein Besitz erworben werden soll, mit dem die Ausübung der Detention nicht selbst nothwendig verbunden ist,

---

23) Azo in Summa Cod. tit. de poss. nro 9 sagt bey dieser Art des constitutum "et hoc est unum mirabile mundi, quod in alium transeat dominium sine possessione vel inductione in possessionem. — Ueber diesen Fall sind zwei Gegenschriften zu erwähnen: Cramer Opusc. Tom. I. nro 14 de impossibili possessionis in diem traditione symbolica. Seite 641 — Kortholt de poss. ea lege, ne contra tradentem, dum vivit, exerc. tradita. Giessae. 1738.

wie beym Sequester; und die gegebenen Fälle erscheinen nur als Beyspiele und Entscheidungen auf vorgelegte Anfragen; denn abgesehen davon, daß im canonischen Rechte ein specieller Fall des stillschweigenden constitutum aufgeführt ist, wird dieses auch bey der Veräusserung einer Sache, verbunden mit depositum oder commodatum vorhanden seyn.

Die hier einschlägige Stelle des canonischen Rechtes ist.

Cap. 9. X. de restitut: spol. (2 13)

"Per solutionem pensionis 24) rei donatæ factam do„natario cum autoritate donatoris acquiritur illi do„natario rei donatæ possessio; adeo, quod si ab il„lo expellitur, per interdictum recuperandæ posses„sionis agere poterit,,

Alexander. III. Exon. Episcopo et Abb. de Herford.

Cum venisset ad nos B. Canonicus sanctæ trinitatis de Hasul a suo Priore et Capitulo destinatus, in audientia nostra proposuit, quod cum Eboracensis Archiepiscopus ecclesiam de N. eis concessisset, et per scriptum proprium confirmasset, ita quod post decessum G. Clerici (qui præfatam ecclesiam tunc tenebat) usibus eorum omnibus proficeret, et interim au-

24) Zasius de poss. Tom. III. nro 6. — Leyser ad Pand. sp. 445.

toritate ipsius Archiepiscopi idem G. ipsis Canonicis annuam solveret pensionem: Respondemus, quod si præfati Canonici, de prædicta ecclesia, autoritate ejusdem Archiepiscopi, vivente Clerico perceperunt annuam pensionem: eo mortuo, quamvis autoritate ejusdem Archiepiscopi non quæsierunt, vitiose tamen non sunt possessionem ingressi, cum (sicut cautum sit) is possideat, cujus nomine possidetur.

Durch Zahlung der Zinsen oder des Miethgeldes der verschenkten Sache soll dem Geschenknehmer der Besitz erworben seyn. Hier kömmt noch das Besondere vor, daß stillschweigend die Miethe selbst vor sich geht, und das Kapital stillschweigend zum Darlehn gelassen wird.

So wie diese Stelle offenbar eine Anfrage bey dem Pabste, und eine besondere Entscheidung eines vorgelegten Falles enthält, so stellen sich auch im römischen Rechte die einschlägigen Gesetze als solche einzelne Entscheidungen dar, was c. 1 de donat. (VIII. 54) klar zeigt. (§. seq.)

§. 13.

Unter den Gesetzen, welche zu Belegen des stillschweigenden constitutum dienen sollen, führen die Juristen auch noch zwey auf, die jedoch keineswegs ein constitutum darstellen.

l. VIII. 54. c. 1. de donationibus.
Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem exercere.

Der wörtliche Inhalt dieser Stelle des Codex spricht nichts anderes aus, als "die Sclaven, deren Kaufbriefe tradirt worden sind, müssen selbst als tradirt betrachtet werden." Man drückt ihn aber gewöhnlich dahin aus: "wenn der bisherige Besitzer die Sache veräussert, und die Documente „tradirt, während er noch die Sache in seiner Gewahrsame hat, so wird er als procurator, und „das Verhältniß zwischen ihm und demjenigen, an „welchen die Sache veräussert wird, als ein constitutum angesehen."

Nach dieser Stellung des Satzes ist offenbar ein constitutum vorhanden; allein dieser Fall hat nichts Besonders an sich, denn in der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erkläruug der Gewahrsame liegt auch die Erklärung des Schenkenden, die Sache für den Geschenknehmer zu besitzen. Diese Gewahrsame erscheint aber nicht aus der angeführten Gesetzstelle, und wir sind nicht berechtiget, sie gemäß den Worten "traditionem factam intelligendam," vorauszusetzen, und mit Fulgosius die ganze Stelle durch ein constitutum

zu erklären. Ein constitutum ist hier wohl denkbar, aber seine Annahme bleibt immer willkührlich, da das Daseyn solcher Handlungen, welche ein stillschweigendes constitutum begründen, selbst nur angenommen würde. Die ganze Stelle, wie die Worte deutlich zeigen, ist ein Rescript für einen bestimmten Fall, dessen Bedingungen dem Kaiser so scheinen, daß die Übergabe der verkauften Sachen behauptet werden müsse, da wir aber diese Bedingungen nicht kennen, so stellt sich für uns nur eine unbestimmte Möglichkeit dar, daß in der Übergabe der Kaufbriefe ein constitutum liege, vorausgesetzt nemlich, daß dieses Geschäft aus den übrigen Umständen hervorgehe.

Man erklärte diese Stelle immer als eine symbolische Tradition; es dürfte ihr aber am füglichsten der Fall untergelegt werden, daß die Übergabe der Kaufbriefe in Gegenwart der Sclaven geschah, wodurch dem Geschenknehmer auch deren Besitz erworben wurde. Diese Erklärung war wenigstens unter den Glossatoren allgemein.

2. XVIII. 6. fr. 14. § 1. de peric. et comod. rei vend.

Materia empta, si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculum respondit: si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Der Inhalt dieser Stelle wird gewöhnlich so ausgesprochen: Wenn bey der Veräusserung einer Sache dem neuen Erwerber schon vor der Tradition Dispositionsrechte darüber gestattet werden, so betrachten dieses die Gesetze als ein constitutum, und der neue Erwerber wird als Besitzer betrachtet. Allein die hier gestattete und von dem Käufer vorgenommene Disposition offenbart sich nur als ein Act seiner Besitzergreifung, denn das Besiegeln des Bauholzes, auf dessen Übergabe der Käufer aus dem Kaufsvertrage ein Recht erlangt hat, ist eben die körperliche Handlung, wodurch Besitz erworben wird, und da sie der Käufer selbst vornimt, muß nothwendig jedes constitutum verschwinden.

§. 14.

Bisher wurden immer nur Fälle des stillschweigenden constitutum erörtert. Nun das Gesetzliche, für welches ein einziger Fall existirt in

XVII. 2. fr. 1 § 1 und fr. 2 pro socio.

In societate omnium bonorum omnes res, quæ coëuntium sunt, continuo communicantur. (fr. 2) Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Bey einer societas universalis wird die Tradition aller einzelnen Sachen als geschehen angenommen, sobald der Vertrag geschlossen ist. Diese gesetzliche Bestimmung, soll sie mit den Grundsätzen über Besitz in Verbindung, und nicht blos willkührlich seyn, kann nur auf die Grundsätze über Repräsentation des Besitzes zurückgeführt, und durch ein von den Gesetzen untergelegtes constitutum erklärt werden. Soll bei der Eingehung der allgemeinen Gütergesellschaft die Sache genau und vollständig gemacht werden, so müssen alle einzelnen Sachen gegenseitig tradirt werden; allein wegen Manigfaltigkeit der Gegenstände ist hier eine wirkliche Tradition sehr beschwerlich, folglich ungewöhnlich, und es legen dafür die Gesetze in den Gesellschaftsvertrag zugleich die Absicht der Partheien, das constitutum possessorium zu errichten, wodurch die wahre Tradition ersetzt werden soll.

Dieser Fall wird gewöhnlich unter dem stillschweigenden constitutum aufgeführt; allein in dem Vertrage selbst liegt noch keine Handlung, woraus ein stillschweigendes constitutum gefolgert werden könnte; sondern dieser Wille der Partheien wird gesetzlich vorausgesetzt. Dieses fühlte blos Mascov, und sprach es auch aus, er nennt aber den Fall umgeeignet constitutum mixtum.[25]

25) § 21.

Hieher noch die gleichlautende Stelle XVII. 2. fr. 73. pr. pro socio.

Si societatem univerfarum fortunatarum coierint, id est, earum quoque rerum, quæ postea cuique acquirentur: hereditatem cuivis eorum delatam, in commune redigendam, wo ebenfalls nach gesetzlicher Bestimmung die erworbene Erbschaft durch ein constitutum an die Gesellschaftsglieder übergetragen wird.

Ausser der societas omnium bonorum haben die Gesetze nirgend ein vermuthetes constitutum aufgestellt, und es bildet sich die Regel, daß außer diesem Einen Falle nur dann ein constitutum angenommen werden könne, wenn es sich aus den Handlungen der Contrahenten ergiebt, welches aber nichts Anderes heissen kann, als wenn wirklich ein stillschweigendes constitutum vorhanden ist, oder die Regel negativ ausgesprochen: daß ein constitutum nie präsumirt werden dürfe. Diese Regel wird aber immer unrichtig angewendet, indem sie nur auf Handlungen bezogen wird, aus welchen ein Schluß auf das Daseyn des constitutum gemacht werden muß, eine hieraus abgeleitete Vermuthung abar, welche blos als Beweismittel für ein stillschweigendes constitutum gilt, nicht hieher bezogen werden kann.

§. 15.

Den angeführten Satz drücken die Juristen dahin aus "daß ein constitutum in der Regel nicht anzunehmen sey„ und nennen Fälle, wo ein constitutum vorhanden scheine, aber deßwegen nicht angenommen werden dürfe, weil es in der Regel nicht präsumirt werde. Betrachtet man diese Fälle, so geht die Interpretation ihrer Regel nur dahin, daß ein constitutum nicht angenommen werden könne, wenn Keines vorhanden ist. In allen Geschäften, wo aus Handlungen auf ein stillschweigendes constitutum geschlossen werden kann und muß, bedarf es keiner præsumtio, und wo sich nur möglicher Weise ein constitutum denken liesse, darf es nicht präsumirt werden, weil nur das Gesetz der Anhaltspunkt einer præsumtio ist, wenn es in Fällen, in welchen keine concludenten Handlungen vorgehen, vorhanden seyn soll.

Die Anwendungen obiger Regel werden in zwei Gesetzstellen vorgetragen; die erste enthält ein Kaufsgeschäft, die zweite eine Schenkung, in beyden aber mangelt noch die Tradition. Es frägt sich daher, ob ihnen ein die Tradition ersetzendes constitutum untergelegt werden müsse.

XVIII. 6. fr. 1 §. 2. de peric. et comod. rei vend.

Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait, traditum id videri; Labeo contra:

Quod et verum est; magis enim ne summutetur signari solere, quam ut tradere tum videatur.

Hier ist nur die Frage, ob die Versieglung des Weines eine solche körperliche Handlung in sich schliesse, in welcher eine Übergabe erscheine, und der Jurist verneinet sie; vielweniger kann sie daher eine solche Handlung seyn: aus welcher ein stillschweigendes constitutum gefolgert werden müßte. Die Versieglung des Weines geschieht nicht in Absicht der Übergabe, sondern nur um Austausch und Verfälschung zu hindern, und würde jedes constitutum ausschliessen, da das factum apprehensionis von dem Erwerber selbst vorgenommen würde. Eine andere Handlung kömmt hier nicht vor, und es ergiebt sich daher als Resultat nur, daß das eingegangene Kaufsgeschäft durch ein constitutum vollendet werden könne.

Eben so verhält es sich mit der zweiten Stelle. Auch hier ist ein constitutum nicht vorhanden, und es kömmt wieder obiger Satz zu Anwendung, daß wohl durch ein constitutum Besitz erworben werden könne, aber hier nicht vorhanden sey.

XLI. 2. fr. 48 de adq, v. am. poss.

Prædia cum servis donavit. eorumque se tradidisse possessionem, litteris declaravit: si ve

unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit mox in prædia remissus est per servum prædiorum possessionem quæsitam cæterorumque servorum constabit.

Diese Worte können keineswegs so erklärt werden, als würde der Donator sogleich bey Erklärung der Schenkung als procurator possessionis betrachtet, sondern er erlaubt blos dem Donatar in jedem Augenblick den Besitz selbst zu ergreifen, und macht ihm die Besitznahme der Grundstücke dadurch möglich, daß er ihm die geschenkten Sclaven wirklich tradirt, durch welche er den Besitz ergreifen lassen soll. Diese Ergreifung des Besitzes durch Repräsentation eines Andern, als des bisherigen Besitzers schließt aber jedes constitutum aus.

§. 16.

Ausser den vorgetragenen Arten kömmt zur vollständigen Erörterung noch eine Eintheilung zu erwähnen, welche sich fast in allen Schriften über diese Lehre findet, die Eintheilung in constitutum simplex und cum precario; daß sie aber unvollständig und unlogisch ist, zeigt sich auf den ersten Blick, indem das constitutum cum (ex) precario nur einen Fall des stillschweigenden constitutum ausdrückt, und das precarium keinen Eintheilungsgrund geben kann, denn eben so gegründet

wäre die Eintheilung in simplex und cum retentione ususfructus, oder cum conductione; die besondere Beschaffenheit des Geschäftes, und die beigefügten Zeitbestimmungen beziehen sich nicht auf das constitutum selbst, daß sie wesentliche Merkmale der Unterscheidung und Eintheilung seyn könnten.

Aber sebst der Ausdruck constitutum *cum* precario ist ungereimt, da im Vorbehalt des precarium selbst schon ein constitutum liegt, und es nichts Anderes heissen kann, als constitutum cum constituto. Dagegen enthält der Ausdruck constitutum *ex* precario die geeignete Bezeichnung, indem z. B. bey dem pignus cum precario aus dem Vorbehalt des precarium ein constitutum erzeugt wird, ohne jedoch einen richtigen Eintheilungsgrund zu geben.

§. 17.

Durch die bisherige Deduction des Begriffes und Ausführung der einzelnen Anwendungen glaube ich das Wesen des constitutum possessorium hinreichend erörtert zu haben, und kann die in verschiedenen Schriften unter einem besondern Abschnitt aufgezählten Erfordernisse um somehr übergehen, als sie gar nichts eigenthümliches an sich haben, und vorausgesetzt werden müssen, da sie im all=

gemeinen nur aus den Lehren über Besitz und Verträge, als insbesondere aus den Grundsätzen über Repräsentation des Besitzes hervorgehen. Eben so muß das constitutum in seiner Eigenschaft als Nebenvertrag nach den Grundsätzen über diesen Gegenstand beurtheilt werden.

Dritter Abschnitt.

Wirkungen.

§. 18.

Die durch unrichtige Begriffe herbeigeführte irrige Anwendung hat unter den Rechtslehrern die abweichensten Lehren über die Wirkungen des constitutum possessorium erzeugt, welche alle nicht in der Sphäre dieses Rechtsgeschäftes liegen. Um einmal eine übereinstimmende Ansicht vorzubereiten, darf ich mich nicht auf Darstellung der allgemeinen und besondern Wirkungen, wie sie aus der Natur des Rechtsgeschäftes entspringen, beschränken, sondern finde mich genöthiget, die abweichenden Ansichten mit ihren Inconsequenzen darzustellen. Diese Darstellung verweise ich jedoch in die Lehre über das baierische Recht, da das einfache Verhältniß des römischen Rechtes sie nicht kennt, und nur aus Mißverstand Irrungen in der Praxis, und Dunkelheit im Gesetze veranlaßt wurden.

§. 19.

Die allgemeinen und unmittelbaren Wirkungen des constitutum possessorium können nur aus sei-

nem Zwecke, und seinem Rechtsverhältnisse ermessen werden, und bestehen

1. im Besitze,

2. im Rechte des Constitutars, das Detentions-Verhältniß des Constituenten willkührlich aufzuheben.

§. 20.

Nur Besitzerwerb ist Zweck des Geschäftes, und folglich nach dieser Rücksicht Besitz seine einzige Wirkung.

Dieses erkannte nur Ulrich Huber[26] bestimmt, daher lehrt er auch: *summa vis* est, qnod transfert possessionem; er verfällt aber in seinen Folgerungen gleichwohl auch in die gewöhnliche Verwechselung des Haupt- und Nebengeschäftes. Ob nun mit dem Besitze auch Eigenthum oder andere Rechte übergehen und erworben werden, hängt von der Eigenschaft des Hauptgeschäftes ab, mit welchem das constitutum als ein Nebengeschäft nie verwechselt werden darf.

Diese Sätze bewähren sich zwar schon in sich, aber auch gesetzliche Bestimmungen unterstützen sie. Sie sind klar ausgesprochen in c. 8 (VII. 32.) "per procuratorem utilitatis causa possessionem esti proprietas ab hac separari non possit, do-

26) in praelect. jur. civ. Lipf. 1735. 4. S. 1417.

minium etiam quæri solet; — und bestimmter in fr. 31 (XLI. 1.) de adq. rer. dom.„ nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam tarditio sequeretur. (§ 2. not 6.)

Hier kömmt auch als Grundlage für alle weitern Bestimmungen über die Wirkungen zu wiederholen, (§ 8.) daß der Bestand des constitutum einen Besitzvertrag voraussetzt, zu welchem es erst als modus adquirendæ possessionis hinzutritt. Dieser Vertrag ergiebt sich wohl von selbst bey jedem stillschweigenden constitutum, so wie auch in der ausdrücklichen Bestimmung, daß man die Sache für einen Andern besitzen wolle; allein würde man den Inhalt des constitutum diesem teutschen Ausdrucke, welcher Haupt= und Nebengeschäft vereint in sich faßt, gleichsetzen, so wäre seine Sphäre weit überschritten. Nur in dieser Gleichsetzung, in der Nichtsonderung des Haupt= und Nebengeschäftes liegt der Grund, daß ihm die verschiedenartigsten Wirkungen beygelegt wurden, welche meistens nur aus der Willensmeinung der Contrahenten, die etwas bezwecken wollten, hervorkommen, aber nie rechtlich erzwecken konnten, da sie die unrichtigen Mittel gewählt hatten. So drückt sich Romulåus ganz richtig aus, wenn er sagt, [27] con-

27) §. 110.

stitutum nihil aliud, quam executio contractus præcedentis; aber in Darstellung der Wirkungen, welche er überdieß in's Abgeschmackte entwickelt, wird er gleichfalls inconsequent, da er in den gewöhnlichen Irthum verfällt, und Haupt- und Nebengeschäft vermengt.

Da uns der lateinische Ausdruck ganz in Übereinstimmung der Gesetze nur den Nebenvertrag eines Repräsentationsverhältnisses darstellt, so ergiebt sich von selbst, daß in dem blossen Namens-Vortrage so viel als gar nichts ausgesprochen ist; es ergiebt sich, daß der den Kaufbriefen einverleibte sogenannte "Vorbehalt des constituti possessorii„ wirkunglos seyn müsse. Von allen Seiten betrachtet, läßt sich in diesem Beysatze kein vernünftiger Sinn auffinden, und kann nur dann Bedeutung, auch Werth erhalten, wenn er dahin verständig beygesetzt wird, daß der Verkäufer cum constituto possessorio verkaufe, denn nun ist es nach der gesetzlichen Interpretation dem Kauf als dem Hauptgeschäfte beygefügt, dagegen es im Vorbehalt isolirt steht, und da ihm ein Hauptvertrag nicht zur Seite ist, in sich zerfallen muß. Über die Wirkungen dieses Vorbehaltes muß im baierischen Rechte noch ausführlich gehandelt werden.

Ausser dem Besitze hat das constitutum seinem Zwecke nach keine andere unmittelbare Wir-

kung; denn das Recht der Interdicte und übrigen possessorischen Rechtsmittel gründen sich auf den Besitz, so wie weitere petitorische Rechte sich zunächst auf den Hauptvertrag gründen, und nur als mittelbare Wirkungen dargestellt werden könnten, was aber nicht hieher gehört.

Eben so gründet sich zunächst auf den erlangten Besitz die Wirkung, daß der Verkäufer die behaltene verkaufte Sache nicht mehr gültig an einen Andern verkaufen könne, wenn er sie auch demselben wiklich tradirt habe. So wie es der Natur des Geschäftes gemäß ist, daß unter mehrern Constitutarn der Aeltere für den rechtmässigen Besitzer geachtet werde, indem sich der Constituent durch Übertragung des Besitzrechtes zum blossen Detentor machte, so fort die Befugniß, das Besitzrecht, welches er schon aufgegeben hat, auf einen Andern überzutragen, sich bereits entzog; so äussert das constitutum gleiche Kraft gegen eine nachgefolgte wirkliche Übergabe, da es in Rücksicht der Erfüllung der Verträge (durch Übergabe) die nemliche Wirkung thut, wie eine wirkliche Übergabe (tratidio vera.)

Die weitern Wirkungen, welche dem constitutum noch beygelegt werden, als reivindicatio, actio publiciana, hypothekarische Klage, sind nur mittelbare, welche zunächst auf dem Hauptgeschäf-

te beruhen; insbesondere aber enthält die hypothekarische Klage[28] eine falsche Anwendung, indem der Gläubiger bereits durch das vorhandene constitutum den Besitz erwarb, und ein remedium adipiscendæ possessionis ungereimt angebracht würde.

§. 21.

In zweyter Beziehung erscheint das Mandats-Verhältniß als die Fundamental-Eigenschaft des constitutum possessorium, und besteht mit der Wirkung, daß der procurator, wie jeder Verwalter fremden Besitzes, nur so lange Detentionsrechte genießt, als es der mandans zugiebt. Die reinste Anwendung enthält das pignus cum precario.

Daraus leitet sich für den Constitutar das Recht ab, den Constituenten eigenmächtig aus der Detention zu verdrängen. Der Widerstand des Constituenten, gegen welchen er nur mit Gewalt vorschreitten könnte, drängt ihn bey dem Verboth der Selbsthilfe wohl wieder in die Sphäre der mittelbaren Besitzwirkungen zurück, da er nun seine Ansprüche auf das durch Repräsentation begründete Besitzverhältniß stützen muß, aber so lange ihm keine Gewalt entgegensteht, hat er die Befugniß des einseitigen Einschreittens, da er willkührlich Besitz-

28) Mascov § 25.

handlungen vornehmen darf, und nur seine Rechte selbstthätig schützt, ohne mit seinem Vertheidigungsrechte angreifend zu werden.

Ausser diesem läßt sich eine andere Beziehung des constitutum in Rücksicht auf Execution, als Verfolgung der Rechte von Seite der Contrahenten, (in welchem Sinn es genommen werden muß, da von Execution als Vollstreckung eines Urtheils nicht die Rede seyn kann) nicht denken, und sie ist die Einzige, welche in das processualische Verfahren eingreift, resp. im Standpunkte des Rechtes, nach welchem Constituent nicht widerstehen darf, jedes processualische Verfahren überflüssig macht. Es erzeugen sich hier für den Constitutar gleiche Rechte mit dem Gläubiger, welchen ein pactum de ingrediendo schützt. Gemäß c. 3 (VIII. 14.) de pignoribus: "creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi in possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen autoritate præsidis possessionem adipisci debent„ ist den Gläubigern erlaubt, eigenmächtig in den Besitz des schuldnerischen Gutes einzuschreitten, wenn ihnen auf jenen Fall, daß sie in gehöriger Zeit für ihre Forderungen nicht befriediget werden, ein Vertrag die Besitznahme gestattet. So wie dem Gläubiger einseitige Besitzergreifung erlaubt ist, so ist auch der Constitutar zur eigenmächtigen Aufhebung des Detentions-

Verhältnisses seines Constituenten befugt, und beyde unterscheiden sich nur in der Rechtsverfolgung durch richterliche Hilfe, indem der Gläubiger erst ein remedium adipiscendæ possessionis ergreifen muß, während die Rechtsmittel des Constitutars nur auf Erhaltung und Wiedererlangung des schon gehabten Besitzes zielen.

Diese Wirkungen, wie sie aus dem Mandats-Verhältnisse hervorgehen, und insbesondere sich auf Execution beziehen, tretten aber nicht immer kräftig hervor, sondern werden häufig durch andere begleitende Nebengeschäfte modificirt, und entfernt, was sich bey den Fällen des stillschweigenden constitutum ereignet[29]; denn hier stehen dem Repräsentanten des fremden Besitzes, vermöge seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Nutzniesser, Miethmann, u. dgl. selbst nicht blos Detentions-Rechte zu, sondern auch Rechte aus dem Mieth- oder anderm Vertrage, welche nicht willkührlich aufgehoben werden können, und stets von der Detention begleitet sind. Gegen Dritte bleiben aber auch im blossen Mandats-Verhältniße die Detentionsrechte wirksam.

§. 22.

Andere dem constitutum possessorium eigenthümliche unmittelbare Wirkungen lassen sich nicht

29) mit Ausnahme des pignus cum precario.

denken, und jede weitere Beziehung auf Execution und Concurs der Gläubiger enthält nur mittelbare Wirkungen, welche stets aus dem Grunde oder Zwecke, warum Besitz gegeben wurde, ermessen werden müssen. Nur die Rechtsgeschäfte selbst, zu deren Erfüllung das constitutum beygesetzt wurde, bestimmen diese Wirkungen, da das blosse Besitzverhältniß noch keine Beziehung für den Concurs auffinden läßt, wenn es nicht begründet wurde, um Eigenthum oder Pfand zu geben, und für Execution, als Vollstreckung eines Urtheils, bildet sich keine andere mittelbare Wirkung, als daß z. B. bey Schuldforderungen der modus exequendi näher bezeichnet ist, welche Eigenschaft zunächst wieder aus dem zum Grunde liegenden Versicherungs-Vertrage hervorgeht. Die Erörterungen dieser Verhältnisse, insbesondere bezüglich auf Concurs, welche reichhaltiger sind, und bey der besondern Beschaffenheit des römischen Concurses in der Trennung der Person der Contrahenten, nach deren Contracts-Verhältnissen sich auch die Rechte der Concursgläubiger richten, dargelegt werden müßten, gehören aber nicht hieher, da sie nur eine Anwendung dieser Grundsätze auf die bereits hinreichend zergliederten Rechtsverhältnisse des Constituenten und Constitutars enthalten könnten.

Vierter Abschnitt.

Aufhebung.

§. 23.

Die verschiedenen Arten der Aufhebung des constitutum possessorium gründen sich mehr oder weniger auf Grundsätze, welche den allgemeinen und besondern Lehren des Civilrechtes gemeinschaftlich sind, und müssen daher umgangen werden; insbesondere sind die Sätze über Verlurst des Besitzes im allgemeinen, und des durch Mittelpersonen ausgeübten Besitzes vorauszusetzen. Da jedoch bey einzelnen Aufhebungsarten manchmal besondere Anwendungen vorkommen, so müssen einige derselben aufgeführt werden.

Es erlöscht

1. wenn das Hauptgeschäft, dem es angehängt ist, zusammenfällt. Das Hauptgeschäft mag nach seiner individuellen Eigenschaft wegen zeitlicher Beschränkung und Widerruflichkeit, oder aus neuer willkührlicher Bestimmung der Contrahenten aufgelöset werden, so ist das constitutum stets zugleich erloschen, ohne für diesen Fall ei-

nes neuen Vertrages, oder gar einer Rückgabe zu bedürfen — per retraditionem fictam, wie man sich ausdrückt, — indem sich zugleich die Aufgabe des animus possidendi des Constitutars ausspricht, und die Verbindlichkeit des Constituenten von selbst auflöset. Wenn daher durch Erlaß des Gläubigers das Pfandrecht erloschen ist, hat das constitutum von selbst aufgehört, und erwacht bey neuerlicher Pfandbestellung nur aus wiederhollter Bestimmung der Contrahenten, da jeder erloschene Nebenvertrag vom neuen eingegangen werden muß.

2. Durch Verlurst der Detention des Constituenten.

Dieser ereignet sich, wenn entweder Constitutar selbst, unter willkührlicher Aufhebung des Mandats-Verhältnisses (wo sie rechtlich statt findet) den körperlichen Besitz der Sache ergreift, oder im Falle Constituent dieses gewaltsam hindert, durch richterliche Immission. Ingleichem, wenn Constituent sorgloser oder arglistiger Weise die Sache weggiebt. Wenn auch hieraus dem Constitutar kein Nachtheil erwachsen soll, so geht doch das constitutum unter. Eben so durch gewaltsame Vertreibung des Constituenten, ganz nach den Grundsätzen über aufgehobene Verwaltung fremden Besitzes. Eine Ausnahme macht aber der beson-

dere Fall, wenn Constituent die Detention nur in so ferne weggiebt, daß er rücksichtlich seines Besitz-Verhältnisses gleichfalls nur repräsentirt wird, indem hier eine Fortsetzung der Repräsentation, aber keine Änderung entsteht. Es erscheint eine Modification desjenigen Verhältnisses, welches bey der Übertragung eines durch Repräsentanten ausgeübten Besitzes entsteht. (§ 12.)

3. Der Verlurst des Besitzes in der Person des Constitutars hat gleiche Folge, er mag sich durch Consolidation mit der Detention des Constituenten, oder durch Veräusserungen an Dritte begründen. Da sich in dieser Veräusserung das Repräsentations-Verhältniß selbst ändert, so erscheint in der Veränderung des Constitutars ein dem vorigen Fall (nro 2) entgegengesetztes Verhältniß; der Constitutar tritt ganz aus dem Repräsentations-Verhältniß, und der neue Besitzer erwirbt den Besitz durch einen Andern, als den bisherigen Besitzer, welcher nicht mehr mit dem Namen Constituent belegt werden kann; geschieht jedoch diese Veräusserung durch ein constitutum (§ 12), so ergiebt sich die Ausnahme von selbst.

4. Das constitutum erlöscht ferner durch den Tod des einen oder des andern Contrahenten. Wenn auch dem Constitutar der Besitz, welchen er so-

lo animo zurückbehält, nicht verlohren geht, so hat doch das constitutum aufgehört, und es kann von den Erben nur durch neue Ergreifung der Sache der Besitz repräsentirt, nicht aber das constitutum fortgesetzt werden. Das nemliche wirkt der Tod des Constitutars, indem dessen Erben gleichfalls den Besitz facktisch ergreifen, oder repräsentieren lassen müssen, um ihn zu erlangen. Zum Übergange des jus obligationis z. B. aus dem Pacht, genügt wohl der blosse Antritt der Erbschaft, aber nicht für den Besitz; damit dieser erworben werde, muß etwas geschehen, wodurch der Pächter zugleich Repräsentant des Besitzes für den neuen Verpächter wird.

5. Endlich wird nach allgemeiner Lehre die Verjährung als Erlöschungsgrund aufgeführt; allein das römische Recht kennet sie nicht. Ihre Anwendung widerspricht den Grundsätzen über Besitz. Überdieß macht die gewöhnliche Lehre den Mißgrif, daß sie ihren Gegenstand verläßt, die Verjährung der Klagen hineinzieht, und in die erwerbende Eigenthums-Verjährung übergeht.

Baierisches Recht.

Quellen.

L. R. Th. II. Kap. V. § 7. mit den Anmerkungen.

Litteratur.

Udalr. Zasius. (+ 1535.) Opera. Tom III. ad l. 18 pr. de adq. v. am. poss. Seite 149.

Struvius in synthet. jur. civ. ex 41 th. 57. &c.

Hellfeld. Repertorium reale practicum juris *privati* imperii romani germanici: oder vollständige Sammlung aller üblichen und brauchbaren Rechte im hl. röm. Reich. 1755. voce "constitutum„

Heineccius. jur. civ. sec. ord. Pand. l. XLI. 2. de adq. v. am. poss. § 204.

V. A. Zach. Huber. Observ. rer. jud. XXII. 92.

Ul. Huber. Prælectiones jur. civ. Lips. 1735. 4.

v. Krüll. Handbuch des bürgerlichen Rechtes. Landhut. 1807. Band I. § 129.

Reingruber: über den Wirkungskreis eines Landgerichts im Königreich Baiern. Landshut 1814. Band. II. S. 217.—Abhandlungen über dunkle Civilgesetzstellen. Nro. III. S. 125.

§. 24.

Das baierische Recht zeichnet den nemlichen Gesichtspunkt, wie das römische, und geht uns in Bestimmung des Begriffes durch die Gesetzesstelle

L. R. Th. II. Kap. V. § 7.

an die Hand. Hier heißt es;

"Constitutum possessorium wird genannt, wenn sich der Inhaber anheischig macht, die Sache hinführo nicht mehr für sich, sondern für einen Andern mit dessen Bewilligung behalten zu wollen.„

Diese Stelle drückt nichts anderes aus, als eine Repräsentation des Besitzes, und verwahret wohl, daß nicht zuviel in den Begriff aufgenommen werde. Sie legt nur eine Art des Besitzerwerbes (modum adquirendæ possessionis), aber nicht den Grund desselben (titulum) dar; daher das constitutum possessorium auch nur in der Art definirt werden kann, daß es jener Vertrag sey, in welchem sich der bisherige Besitzer erklärt, die Sache künftig für einen Andern behalten zu wollen.

Dieser Begriff rechtfertiget sich dadurch, daß das Wort "behalten„ nur das Detentions-Verhältniß als Gegenstand des Vertrages ausspricht, und das constitutum selbst im Gesetzbuche unter den Arten der Ergreifung des Besitzes aufgezählt wird; überdieß bewähren die Worte "mit dessen Bewilligung„ das vorhandene Mandats-Verhältniß.

In Bestimmung des Begriffes darf aber übrigens der Ausdruck "Inhaber„ nicht irre leiten, da ein wesentlicher Unterschied zwischen dem teutschen Inhaben, welches juristischen Besitz bezeichnet, und dem römischen detinere ist; daß unter dem Inhaber hier der wahre Besitzer verstanden sey, zeigen auch die Anmerkungen zum Civilgesetzbuch, durch die Worte: — der constituens muß drittens tempore constituti sich in der possession befinden, ausser dessen er solche, juxta axioma: nemo dat, quod non habet, in constitutarium nicht transferiren kann.

Hieraus und aus den zum Grunde liegenden Erörterungen des römischen Rechtes läßt sich prüfen, ob das constitutum jener Vertrag genannt werden könne, mittelst dessen der eigentliche oder juristische Besitzer den eigentlichen Besitz der Sache, jedoch mit dem Vorbehalt, in der Detention derselben zu bleiben, auf einen andern überträgt.

Besitzerwerb ist nur die Folge unsers Vertrages, welcher blos die Art der Übertragung, aber keinen Grund derselben enthält. Die richtige Bestimmung des Begriffes kann nur die Art der Übertragung, aber nicht die Übertragung des Besitzes selbst in sich aufnehmen. Noch ungeeigneter, und dem Wesen des constitutum zuwider ist der Vorbehalt der Detention, welcher mit dem Repräsentations-Verhältniß gar nichts gemein hat (§ 9.)

§. 25.

Die Abweichung von dem gesetzlichen Begriffe hat viele Modificationen erzeugt, so wie Mißverständniß der römischen Gesetze verschiedene Beschränkungen in der Anwendung hervorbrachte. Der Grundirthum liegt in der gewöhnlichen Lehre einer ficta apprehensio. Das römische Recht kennet sie nicht, aber man legte sie aus Mißverstand hinein, und ihre Annahme folgte aus dem gewöhnlichen falschen Begriffe der körperlichen Handlung (factum apprehensionis,) welche zum Besitze erfordert wird. Diese Lehre hat pracktische Folgen erzeugt, denn da man in gewissen Fällen, welche unmittelbar in den Gesetzen selbst ausgesprochen sind, für traditio und apprehensio nach der gewöhnlichen Lehre nur in so ferne eine Beziehung fand, als man ihnen eine juristische Fiction unterlegte, so war es ganz consequent, diese Fälle auf

mancherlei Weise zu beschränken, und solche Einschränkungen, welche keineswegs in den Gesetzen selbst bestimmt sind, haben die Juristen wirklich hinzuzuthuen nicht versäumt. Sie fanden es in der Annahme einer Fiction bey der Übergabe consequent, die Fälle, in welchen eine solche Fiction vorkommen soll, auf mancherlei Weise zu beschränken, und liessen daher die Übertragung des Besitzes durch das constitutum possessorium nur als Folge des Eigenthumes erscheinen, welches immer zugleich miterworben werden müßte. Sie nehmen diese Beschränkung schon in den Begriff auf, und geben sie als ausdrückliches Erforderniß des constitutum an.

So sagt Hellfeld:

"Constitutum possessorium wird beschrieben, daß es sey eine stillschweigende oder mündliche Übergabe, wenn der bisherige Besitzer und Eigenthümer zu dem Andern, dem vor jetzo die Sachen eigen worden, sagt: daß er dieselben künftig nicht mehr als die Seine, sondern in dessen Namen besitzen wolle.

Mit Hellfeld gleichlautend, ja mit den nemlichen Worten spricht es

Schmidt in seinem gazophylacium polit. jurid. et teoretico practicum (Frankfurt und Leipzig 1736. S. 172.) aus.

Eben so Struvius:

Propriæ traditionis modi ſunt vel veri: — vel ficti, cum res brevi manu traditur;— quo etiam pertinet, cum quis constituit, se rem, *ante suam*, nunc alieno nomine poſſidere.

Endlich ſagt Zasius ausdrücklich: 30)

Tertio requiritur ad hoc, quod constitutum valeat, quod si poſſeſſor et *idem dominus* constituat, se alieno nomine poſſidere, *neceſſe est*, quod causa habilis et justa præcedat, quæ ſufficiat, *etiam ad adquirendum dominium*, puta causa venditionis, donationis; er fügt bey: hoc autem ideo est, quia quando transfertur poſſeſſio a domino, tunc dominium adhæret poſſeſſioni, et ab ea non separatur ex lege per procuratorem. l. de adq. v. am poſſ., quod verum est de poſſeſſione causali, cui adhæret dominum. Dieſe Stelle ſagt aber nichts Anderes, als daß man per procuratorem Beſitz erwerben könne, nnd auch das Eigenthum, im Falle es vom Beſitze unzertrennlich iſt. Hier können nur ſolche Fälle untergelegt ſeyn, in welchen der Eigenthums-Anſpruch den Grund des Beſitzes enthält, und es bleibt immer eine willkührliche Annahme, den Erwerb des Beſitzes

30) Oper. Tom III. S. 150.

durch Stellvertreter auf Eigenthums-Geschäfte zu beschränken.

Nun erkläret sich leicht, warum in den meisten Abhandlungen der Satz steht, daß das constitutum possessionem *et* dominium wirke, und nur solche Rechtsgeschäfte aufgeführt sind, welche ihrer Natur nach Eigenthum geben. Allein diese Ansicht ist dem Gesetzbuche fremd, und manche Schriften fügen zu den Worten "possessionem et dominium„ den passenden Zusatz, "wenn es so bedungen ist, oder aus dem Geschäfte hervorgeht. Das Gesetz spricht nur vom Besitze, umfaßt alle Rechtsgeschäfte, durch welche überhaupt Besitz erworben werden soll, und beschränkt das constitutum *nicht* auch jene, in welchen zugleich mit dem Besitze auch Eigenthum übergetragen wird.

Der nemliche Sinn findet sich unläugbar auch in den Anmerkungen zum Gesetzbuche, und die Eigenschaft eines blossen Detentors,31) welche dem Constituenten beygelegt wird, kann nur auf den Besitz bezogen werden. Das baierische Recht nahm diese Ansicht der Rechtslehrer nicht auf; 32) aber man baute darauf fort, und legte sie sogar in das Gesetz.

---

31) S. 1151.

32) Daß sie aber nicht ohne allen Einfluß blieb, zeigen die Stellen im L. R. Th. IV. K. 7. § 12 n 11. — Th. II. K. 5. § 7 nro 3. u. 5

§. 26.

Die Erfordernisse des constitutum possessorium setzt größtentheils das Gesetz selbst auseinander.

Das Haupterforderniß besteht in einem vorausgehenden gültigen Hauptgeschäfte, welchem es sich als Nebengeschäft anschließt.[33] Alle andern Erfordernisse beruhen mehr oder weniger auf allgemeinen Rechtssätzen.

Als Nebengeschäft theilt es alle Bedingungen des Hauptgeschäftes, und besteht nur durch dieses mit Kraft; zu seinem eigenen Bestande müssen aber auch alle Grundsätze der Verträge bey ihm zur Anwendung kommen, und insbesondere als Hauptrequisit die Einwilligung der Contrahenten, welche jedoch nicht nothwendig durch sie selbst, oder gleich anfangs gegeben werden muß, sondern auch durch Mandatare geschehen, und durch Ratification ersetzt werden kann.[34]

Das Wesen einer gültigen Veräusserung führt ferner das weitere Erforderniß mit sich, daß Constituent zu der Zeit, wo er den eigentlichen Besitz übertragen will, selbst juristischer Besitzer sey, indem nur derjenige, welcher ein Recht wirklich besitzt,

---

33) L. R. Th. II. K. 5. § 7. nro 2.

34) Anmerkungen zum L. R. Th. II. S. 1152.

dasselbe auf einen Andern übertragen kann. Daß aber zum Erwerbe die Gegenwart des Constituenten nicht nothwendig sey, geht aus der Natur des Geschäftes hervor. Es muß jedoch die Sache, worauf das possessorium constituirt werden will, eine bestimmte seyn, welches aber nicht hindert, daß es in künftigen, wie in gegenwärtigen Sachen Platz greife.

§. 27.

Es hat sich bisher gezeigt, daß immer nur die Ansicht des römischen Rechtes hersche, und diese verläßt uns auch in Darstellung der Wirkungen nicht. Es kommen hieher ganz die Paragraphen 18. 19. 20. 21. zu wiederholen. Die Juristen waren jedoch mit den eigenthümlichen Wirkungen, und den daraus abzuleitenden Folgen nicht zufrieden, sondern schuffen sich wichtigere, aber willkührliche, welche wohl auf andern Gründen, aber nicht auf dem constitutum possessorium ruhen können; und bedingten dessen Wirksamkeit auf sonderbare Weisen, ohne daß eine solche Beschränkung sich aus dem Geschäfte entnehmen liesse.

So lehren sie: 35)

Hunc effectum habet clausula constituti possessorii, ut debitor in mora solvendi existens

---

35) Stryk de cautelis contr. Sect. II. c. 4 § 19.

bona amplius non suo, sed creditoris nomine possideat.

Diese Beschränkung liegt keineswegs in dem Hauptgeschäfte der Verpfändung cum constituto possessorio, noch auch in der Formel der Praxis: "ich will zu mehrerer Versicherung alle meine Güter cum clausula constituti possessorii verpfändet haben„ und es bleibt immer eine willkührliche Annahme, gerade nur in dem Zeitpunkt, wo die mora solvendi eintritt, das constitutum entstehen zu lassen.

Man legt hier immer eine Hypotheck cum constituto vor; allein dieses Geschäft enthält in sich den Widerspruch, daß eine Hypotheck keinen Besitz überträgt, folglich das constitutum keinen Anhaltspunkt seines Bestandes hat. Das wirksame Geschäft kann nur ein pignus seyn, welches jedoch ohne den Beysatz einer aufschiebenden Bedingung sogleich mit Vollendung des Pfandcontractes besteht, und im Zeitpunkt der mora nur in grössere Wirksamkeit tritt. Die Aufschiebung des constitutum auf diesen Zeitpunkt kann dem Prioritätsrechte der Gläubiger nachtheilig werden, und es ist aus diesem Grunde zweckmässiger, dasselbe mit dem Hauptgeschäft zugleich bestehen zu lassen, weil auch dieses seinen Bestand erst durch den Besitzerwerb erhält, und bis dahin dem Gläubiger kein Siche-

rungsmittel gegeben ist. Wohl scheint es, als bestehe das constitutum dann erst mit Kraft, wenn die mora eingetreten ist, indem erst jetzt dem Gläubiger gestattet wäre, durch Aufhebung des Mandatsverhältnisses die Detention zu ergreifen; es darf jedoch der Vertrag selbst nicht mit dem daraus fliessenden Rechte des Constitutars verwechselt werden. Überdieß kann diese Befugniß des Constitutars nach der Natur des Geschäftes ohne besondere Suspensiv = Bedingung nicht auf den Zeitpunkt der mora eingeschränkt werden, da der Debitor nur aus Auftrag des Gläubigers die Detention ausübt, und dieser sie willkührlich ergreifen kann. Die Ausübung seiner Mandatsrechte kann nicht durch den Eintritt der mora bedingt seyn, so wenig als die Existenz des Vertrages; nur die Pfandrechte tretten hier erst mit Wirksamkeit hervor. Was aber oft das Ganze in sich zerstört, ist der Umstand, daß in dem blossen Beysatze der clausula c. p, jeder Ausdruck eines Hauptgeschäftes mangelt, und ihre Einverleibung in den Schuldverschreibungen weder einen hypothekarischen noch andern Vertrag darstellt.

Die aufgestellte Behauptung ist daher irrig, und eben so die Folgerungen, welche die Juristen anreihen.

Sie geben dem constitutum possessorium den Vortheil, daß es mandatum sine clausula de

solvendo vel dimittendo in hypothecam, und paratam executionem erwirke, bedenken aber nicht, daß dieser Vortheil nur auf legaler Bescheinigung der Forderung und des constitutum beruhe, und nur dadurch bestimmt werde, ob Constitutar im Falle des Widerstreites des Constituenten schleuniger oder langsamer zu seinem Rechte und zum Besitze der angesprochenen Sache gelange. Auf gleichen Gründen beruhen die mandata manutenentiæ seu de non turbando, wie die potestas arrestandi auf die Person und Güter des Schuldners.[36] Zu allen diesen Vortheilen trägt das constitutum nicht das geringste bey, da man ihren nächsten Grund im Hauptgeschäfte aufsuchen muß.

Die vielen andern Vortheile, welche man dieser Clausel noch beylegt, z. B. prohibitio alienationis, Beseitigung der exceptio excusſionis, remedium ex lege ult. cod. de poſſ.[37] näher zu erörtern, lohnt nicht der Mühe, und man überzeugt sich aus den einschlägigen Autoren selbst bald, daß ihre Wirkungen zunächst nur auf dem Hauptgeschäfte der Hypotheck oder Verpfändung beruhen, oder bey dem Mangel eines solchen Geschäftes gar nie bestehen können; so wie insbesondere das remedium ex lege ult. Cod. nicht in die besondere

---

36) Stryk de caut. cont. Sect. I. c. 5. § 24.

37) Stryk Sect I. c. 3. § 34. — Mascov § 27.

Lehre des constitutum gehört, da es nicht blos dem Constitutar, sondern jedem Besitzer zukömmt.

§. 28.

Nur in diesen angedeuteten Vortheilen liegt die vermeintliche Beziehung der sogenanten clausula c. p. auf Exekution. Sie kann aber um so weniger eine Abweichung des ordentlichen Proceßganges begründen, als sie keine Eigenschaft einer Executiv-Clausel an sich trägt, noch vielweniger das Recht selbst bezielt. Der Constitutar als solcher kann nur die Inhabung verlangen, nicht aber ein Zahlungsmandat erwirken.

§. 29.

Allein nicht blos für Execution, sondern auch für Concurs soll das constitutum bedeutende Wirkungen erzeugen, und die gewöhnliche Lehre legt ihm auch bald Eigenthum- bald Pfand- bald blosse Besitzrechte zu. Allen Ansichten liegt aber der Irthum zum Grunde, daß sie das Nebengeschäft mit dem Hauptgeschäfte verwechseln, auf welch' letzterem allein alle die rechtlichen Wirkungen beruhen, welche man jenem beylegt. Nur nach Eigenschaft des Hauptgeschäftes können ihm die besondern Rechte der Separation im Concurse, der Hypotheck- und Vorzugs- dann Besitzrechte zukommen, welche sich aus dem blossen constitutum nicht entneh-

men lassen. Eine Ausführung dieser Rechte kann aber deßwegen nicht in die Lehre über das constitutum gezogen werden, weil sie nicht in seiner Sphäre liegen, und man sich am Ende, anstatt das constitutum darzustelleu, in eine Erörterung anderer Rechtsgeschäfte mit ihren rechtlichen Folgen ausdehnen müßte.

§. 30.

Alle diese Wirkungen wendet die gewöhnliche Lehre insbesondere auf Kaufs-Verhandlungen an, und trägt die Anwendung des constitutum ganz willkührlich auf den Käufer über, welchen sie nunmer als Constituent ansieht. Soll das constitutum als Sicherungsmittel des Verkäufers, als welches man es angesehen wissen will, einiger Weise Bedeutung gewinnen können, so kann man es wohl nur von dieser Seite betrachten, und hierauf müssen die verschiedenen Vortheile für den Verkäufer zurückgeführt werden, wenn ihre Behauptungen nur irgend einen scheinbaren Grund erhalten sollen. Allein selbst nach dieser Ansicht reicht das constitutum nicht hin, die angeführten Wirkungen zu erzielen; noch weniger aber, in so ferne es die Praxis als einen besondern (unbestimmten) Vorbehalt auf Seite des Verkäufers ansieht, gemäß welchem es einer Rückgabe des Besitzes und Eigenthumes an den Verkäufer nicht bedürfe.

Sie ruhen alle in der Formel der Praxis: "daß sich Verkäufer bis zur gänzlichen Kaufschil„lings-Erlage das constitutum possessorium auf „dem verkauften Gute vorbehalte.

Die Rechtsgelehrten theilen sich in Ansehung der Wirkungen dieses Vorbehaltes hauptsächlich in drey Klassen. Die erste Klasse, die gewöhnliche Ansicht der Pracktiker, ertheilt diesem Vorbehalte gleiche Wirkung mit der reservatio dominii et possessionis. Die zweyte Klasse giebt Pfandrechte zur Sicherheit des Kaufschillings, und hieher gehört vorzüglich Mascov; [38] die dritte Klasse, wohin besonders Ulrich Huber [39] gezählt werden muß, läßt blos die Wirkung eines jus possessionis zu. An sie schließt sich endlich noch eine vierte für *einen* besondern Fall abweichende Ansicht, welche in neuerer Zeit aufgeregt wurde.

Die erste Klasse hatte von jeher ihre Widersacher. [40] Wohl spricht grossentheils die Praxis bey dem Vorbehalte des constitutum ihre Intention dahin aus, daß reservatio dominii et possessionis darunter verstanden werde; allein in ihm liegt diese dem gesetzlichen Brgriffe widersprechende Be-

38) §. 25. 27. 28.

39) in praelect, j. c. S. 1417.

40) Heineccius § 204. n 2. Ul. und Zach. Huber.

ziehung nicht, und kann auch nicht so interpretirt werden, obgleich sich der Verkäufer als durch ein pactum adjectum diese Vortheile sichern will. Das constitutum ersetzt nur die Tradition, und durch diese wird das Kaufgeschäft vollendet. Dem Verkäufer bleibt nichts anderes, als die Detention und die für ihn erfolgende Wirkung drückt Zasius passend mit den Worten aus: „sicut asinus sellam detinet.“ In der Ansicht der Praxis kann der Vorbehalt nur dahin interpretationsweise ausgedrückt werden, daß Käufer dem Verkäufer das constitutum possessorium einräume, oder eigentlicher auszudrücken, das possessorium constituire. Aber welcher Eigenthumstitel geht dieser Constituirung zur Seite? Nicht einmal Besitz kann Verkäufer auf diese Weise erlangen, da das constitutum einen Besitzvertrag voraussetzt, aber nicht enthält, und der blosse Vorbehalt ihn nicht darstellt. (§ 20.) Diejenigen Rechtsgelehrten, welche Besitzrechte einräumen, irren daher ebenfalls, da sie das Nebengeschäft mit dem Hauptgeschäfte verwechseln, welch' Ersteres ohne diesem nicht bestehen kann.

Aus gleicher Rücksicht erhellet die nichtige Wirkung eines Pfandrechtes. Der Vorbehalt soll wohl die Sicherung des noch nicht bezahlten Kaufschillings bezwecken, und das ganze Geschäft mag auch nach Intention des Verkäufers eine Pfandbestellung seyn. Bey der Wirksamkeit dieses Fal-

les kämme dem Constitutar (Verkäufer) wohl der bedeutende Vortheil zu, daß er im Concurse durch die vierte Klasse nro 5 gesichert wäre, indem das ganze Rechtsgeschäft die Eigenschaft eines ausdrücklichen und Specialunterpfandes an sich trüge, welches er sich bey dem Verkaufe seines Gutes, zur Zeit, da er dasselbe noch nicht übergeben hatte, für den Kaufschilling vorbehielt. Dieses Verhältniß würde ihm bey einer später erlangten gerichtlichen Immission auf das verobligirte Gut den Vortheil der mit der Immission verbundenen legalen Hypotheck überflüssig machen, da er vermöge seines frühern Unterpfandes, anstatt in die achte, in die vierte Klasse kämme. Allein das constitutum trägt keine Spur einer Pfandbestellung an sich, und ihre willkührliche Annahme widerspricht den Gesetzen, welche ausdrückliche Bestellung fordern. Zu seinem Bestande fehlt ihm auch hier der Anhaltspunkt eines Hauptgeschäftes.

Aber auch die neuere Ansicht, welche in einem besondern Falle den Vorbehalt des constitutum possessorium der reservatio dominii et possessionis gleichsetzt, läßt sich nicht rechtfertigen. Sie steigert wohl das constitutum auf den höchsten Punkt, auf welchem sich ein Vortheil erwarten liesse, übersah auch die Trennung des Haupt- und Nebengeschäftes nicht, mußte aber bey dem fühlbaren Bestreben, dem in das Leben eingeführten

constitutum eine reale Seite abzugewinnen, das früher richtig bezeichnete Wesen aus dem Auge setzen. Sie legt dem Vorbehalte des constitutum in Rücksicht auf den Zeitpunkt, je nachdem er mit oder nach der Übergabe bedungen wurde, verschiedene Wirkungen bey. Einem nach der Übergabe pactirten Vorbehalte giebt sie selbst keine besonderern Wirkungen, als die des Besitzes, welche ich bereits als ungegründet erläuterte. Aber gleich unwirksam bleibt der Vorbehalt, wenn er auch in der Übergabe, als eine Bedingung des Kaufcontractes zur Sicherheit der Fristenzahlungen des Kaufschillings pactirt, und dem Käufer unter diesem ausdrücklichen Vorbehalte die Sache hingegeben ist.

Abgesehen davon, daß in diesem Vorbehalte nie ein rechtsbeständiges Geschäft enthalten ist, folglich als Bedingung an sich nicht existieren kann; auch die in concreto vorkommende Auslegung des constitutum possessorium dem gesetzlichen Begriffe entgegen ist, erscheint die sonst durch dasselbe zu ersetzende Übergabe wirklich, welcher kein anderer Grund, als der Kaufscontrackt untergelegt werden kann. Dabey wird aber gerade nur dem Mangel der Übergabe der nicht erfolgende Übergang des Eigenthumes zugeschrieben; — ein Widerspruch. In der aufgestellten Ansicht tritt aber überdieß die Intention der Contrahenten hervor, daß die wirkliche Übergabe in Beziehung auf den

Kauf als nicht geschehen erachtet, und ein blosses Detentionverhältniß gegründet werden sollte. Es erscheint hier der Kauf selbst als unvollendet, und bedarf daher keiner reservatio dominii, vielweniger des ganz unzuverlässigen constitutum possessorium.

Mit dem gesetzlichen Sinne einiger Weise übereinstimmend läßt sich endlich der Vorbehalt nur dahin vernünftig erklären, daß sich der Verkäufer die Anheischigmachung, im Namen des Andern zu besitzen, so lange vorbehalte, bis dieser seinen Kaufschilling bezahlt habe. Dieses hiesse nichts Anderes, als er wolle ihm erst dann übergeben, erst dann in seinem Namen besitzen, wenn der Kaufschilling bezahlt wäre. Allein auch hiedurch ist nicht mehr bezweckt, als daß die Vollendung des Kaufgeschäftes selbst nnter eine aufschiebende Bedingung gesetzt ist. Liesse sich auch in dieser Erklärung der Vorbehalt wirksam denken, so wird der zu erzielende Vortheil in der Erfahrung bald dadurch zerstört, daß dem Käufer die Sache schon wirklich übergeben ist, oder wird, folglich jeder Vorbehalt als ungeeignet und verzichtet erscheint.

Bey diesen Verhältnissen dürfte dem Rathe eines bewährten Rechtsgelehrten, die Formel des constitutum possessorium wegzuräumen, Gehör gegeben werden. In wie ferne aber eine neue Ge-

setzgebung die Besitzlehre ganz aus dem Rechtssysteme verbannen, wie sie dieselbe behandeln, und ob sie insbesondere die Kraft der Käufe von der Einwilligung der Contrahenten abhängig erklären soll, kömmt hier nicht zu untersuchen. Dem ohngeachtet kann ich die Bemerkung nicht umgehen, daß die Förmlichkeit der Tradition wohl nicht beseitiget werden dürfe, indem der Käufer in ihr die Verwahrung seiner Rechte beurkundet, und ihm mit allem Rechte der Vorzug vor jenem gebühret, welcher sich gegen die mögliche Gefährde nicht verwahrt. Nur wenn das Gesetz allgemein Ungültigkeit der nicht gerichtlich verbrieften Verträge ausspricht, kann sie entfernt werden, indem die mögliche Einsicht der Briefsprotocolle jedem den Standpunkt des Veräusserers kennen lernen wird.

§. 31.

Schlüßlich kommen als Zusatz zu den Aufhebungsarten nach römischem Rechte noch zwey abweichende Bestimmungen zu bemerken.

1. Erstreckt sich das constitutum auf des constitutarii Erben dergestallt, daß ihnen alle remedia possessoria, wie ihm selbst zu Guten gehen. 41)
2. Hört das constitutum auf, wenn ein Anderer die wirkliche Possession ergreift, und Constitu-

41) L. R. Th. II. K. 5. § 7. nro 3.

tar sich von der Zeit der Wissenschaft nicht innerhalb drey Tagen meldet.[42]

Sichtbar äussert hier die Praxis mit ihrer fingirten Tradition bedeutenden Einfluß. Der Satz in den Anmerkungen: vis constituti transit active et passive ad hæredes, könnte wohl nur von dem Übergange des Rechtsverhältnisses verstanden werden, wenn nicht der ausnahmsweise Übergang des Besitzes selbst ausdrücklich beygesetzt wäre; das Gesetz supplirt bey dem bestehenden Repräsentations-Verhältnisse den zum Besitze nöthigen animus der Partheyen. Daß jedoch das constitutum aufgehört hat, ist unläugbar. (§. 23.) Die Ausnahme weiter, als auf die Erben des Constitutars auszudehnen, und die Inhabung unmittelbar auf die Erben des Constituenten übergehen zu lassen, findet sich kein Grund, und ist die Beschränkung auch in der ersten Gesetzstelle ausgesprochen. Die zweyte Bestimmung, gemäß welcher das Gesetz den Constitutar, wenn er zu der Besitzergreifung eines Dritten drey Tage lang geschwiegen hat, für verzichtend erachtet, bleibt durchaus willkührlich, da nach allgemeinen Grundsätzen des Besitzes schon im ersten Augenblick der Verlurst herbeigeführt ist.

---

42) a. a. O. nro 5.

Anhang.

§. 32.

Die erste Spur des constitutum possessorium finden wir im Theodosianischen Codex in constitutio 8 de donationibus.

"— Sancimus, ne usufructus exceptio pro traditione possit intelligi in donationibus.„

Das frühere Gesetz, welches nach dem Inhalte dieser Stelle, und nach den klaren Worten im Eingange zu der const. 9 eod [43] angenommen werden muß, ist uns nicht bekannt. Offenbar erkannte man früher die Tradition als geschehen, wenn der ususfructus in der geschenkten Sache vorbehalten war. Diese frühere Bestimmung wurde aber durch das angeführte Gesetz von Honorius und Theodosius dem Jüngern aufgehoben. Nachdem in fünf vorhergehenden Gesetzstellen (1. 2. 4. 5. 7. de donat.) von der Nothwendigkeit der Tradition gesprochen wird, ist diese Tradition auch nach const. 8, und zwar, was die Hauptsache ist, aus:

43) Sublata vero in donationibus species traditionis, quam olim retentio ususfructus induxerat, non sine magna ratione desiderata est, cum observationem juris contrahere potius, quam propagare debeamus. Ideoque jus pristinum renovamus. —

drücklich mit Aufhebung der nach altem Rechte sie ersetzenden retentio ususfructus gefordert. Zwey Jahre später wurde dieses Gesetz von Theodosius dem Jüngern selbst wieder aufgehoben in const. 9.

Hier wird der retentio ususfructus wieder die Kraft der Tradition zuerkannt, aber nur bey Schenkungen, und wenn eine Sache zur dos gegeben würde.

Der Inhalt dieses Gesetzes heißt:

Ut quisque rem aliquando donando vel in dotem dando usumfructum ejus retinuerit, etiam si stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur; ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit, in his causis, usumfructum retinere, quod tradere.

Von diesen beyden Constitutionen findet sich die Letztere in der justinianeischen Gesetzsammlung recipirt.[44] Justinian nahm sie fast wörtlich in seinen Codex repetitæ prælectionis auf, in c. 28 de donat. (VIII. 54.) nur mit grösserer Ausdehnung, indem er verordnete, daß die retentio ususfructus die nemliche Kraft bey andern Veräusserungen haben soll, wie bey der Schenkung und Hingabe

44) Von der ersten findet sich nur der Schluß in der justinianeischen Sammlung. VIII. 54. c. 27. de donat.

zur Dos. So tratt nach Theodosianischer Verordnung die retentio usus fructus wieder an die Stelle der wirklichen Tradition, deren Nothwendigkeit sich nun allmählig verlohren hatte. Theodosius glaubte nemlich, daß man in sponsalitiis donationibus die Nothwendigkeit der wahren Tradition gänzlich entfernen müsse, und man entwöhnte sich ihrer auf diese Art allmählig;[45] ließ aber die retentio usus fructus immer nur bey Schenkungen und der Hingabe zu dos gelten. Denn const. 9 de donat. sagt ausdrücklich, daß für die zur donatio erforderliche Übergabe durch die reservatio aut exceptio usus fructus genug gethan sey, und daß sie auch noch bey der datio in dotem hinreiche, was die Worte "in his causis, und der in der justinianeischen Sammlung erscheinende Tribonianische Zusatz "vendendo„ bewähren, welchen Godofred sogar auf den Kauf eingeschränkt wissen will, und daher die retentio usus fructus nicht bey jeder Alienation zuläßt.

Eine Beziehung auf das constitutum possessorium fand man auch in der Lex Cincia. Sie fällt in das Jahr 550, und lautet nach Angabe Brummers:

ut in donatione quibuscunque personis facta mancipatio pro traditione interveniret.

---

45) Cod. Theod, const. ult. de Sponsalibus.

Bey dem ersten Lesen möchte die Stelle ein gesetzliches constitutum zu enthalten scheinen, und zwar ein dem frühern römischen Staate eigenthümliches, welches nicht auf reinen Rechtsgrundsätzen, wie bey der societas omnium bonorum, sondern auf der alten Verfassung eigenen Rechtsformen beruhte. Dieses scheint auch Krammer angenommen zu haben, welcher bey der Geschichte des constitutum von der Lex Cincia ausgeht, und deutlich sagt, daß diese Art der Tradition ihre Kraft verlohr, als man die retentio ususfructus für Tradition gelten ließ. Nicht in allen Fällen war bey der Mancipation ein factum apprehensionis vorhanden, sollte daher durch sie Besitz erworben werden, so konnte es nur dadurch geschehen, daß das abgängige factum durch ein der Mancipation untergelegtes constitutum ersetzt wurde. Ein constitutum kann aber, wenn es je präsumirt werden dürfte, in ihr nicht erscheinen, da bey beweglichen Sachen der Besitzerwerb nur durch das die Mancipation begleitende factum folgen konnte; bey Grundstücken hingegen Mancipation nur Eigenthum ohne Besitz gab, was Ulpian in folgenden Worten ausspricht.[46)]

res mobiles non *nisi præsentes* mancipari possunt; immobiles autem etiam plures simul,

46) Ulpian in frag. tit. 19. § 6.

et *quae diversis locis sunt*, mancipari possunt.

Es findet sich daher in der Mancipation kein constitutum, und kann auch die Lex Cincia auf das constitutum keine Beziehung haben. Zu dieser Behauptung führt auch schon die absolute Nothwendigkeit einer wirklichen Tradition bey Schenkungen, verbunden mit Mancipation, und nur ausnahmsweise war, mit Rückblick[47] auf die Lex Cincia[48] bey Schenkungen inter personas conjunctas die Nothwendigkeit der Tradition und Mancipation erlassen.

Dieses über das Schicksal des constitutum possessorium vor dem justinianeischen Zeitalter. Was die justinianeische Gesetzgebung erzeugte, ist bereits bekannt, und ihr Einfluß auf unser vaterländisches Recht, so wie die Nothwendigkeit ihres Vorstudiums nachgewiesen.

Den römischen Charakter tragen auch mehr oder weniger die neuern Gesetzgebungen von Österreich und Preußen, welche den Namen eben so wenig kennen, als ihn das corpus juris kennet, aber nichts desto weniger die Sache darlegen; wäh-

---

47) Cod. Theod. const. 4 de donat: «abrogata hac parte legis cinciae.

48) über den wahren Inhalt der lex cincia: Hugo's römische Rechtsgeschichte. — Dessen civil. Magazin B. 1.

rend aber das preussische Recht ganz auf der gewöhnlichen Ansicht und Auslegung des mehrbenanten Fragmentes 18 beruht,[49] zeigt sich das österreichische dem wahren Sinne der Gesetzstelle annähernd.[50] Beyde geben jedoch den bedeutenden Vortheil, daß sie den Ausdruck "constitutum possessiorium" nicht aufgenommen haben.

§. 33.

Die Gestaltung, welche das constitutum possessorium durch die Praxis erhielt, legt nun noch die wichtige Frage vor, welches Rechtsverhältniß für diejenigen begründet wird, welche sich durch das constitutum die Vortheile eines Pfandrechtes, oder des vorbehaltenen Eigenthumes und Besitzes zu verwahren glaubten.

Wohl versteht die nur mit der Routine bekannte, mit der Theorie des Rechtes wenig vertraute Praxis unter dem in Kaufcontracten einverleibten Vorbehalt des constitutum possessorium häufig die Reservirung des Eigenthumes und Besitzes, und eine Allgemeinheit dieser Ansicht würde es auch außer allen Zweifel setzen, daß der Verkäufer sich wirklich Eigenthum und Besitz nach seiner Intention reservirte, und sie ihm auch nach dieser

49) Th. I. Tit. 7. § 71. 72. 73.

50) Art. 319.

Intention vom Käufer eingeräumt wurden. Diese Intention erschiene auf Seiten beyder Contrahenten zu klar, als daß der unrichtig gewählte formelle Ausdruck die wahre Absicht der Contrahenten zerstören könnte; obgleich nach der gesetzlichen Ansicht im constitutum nicht jenes pactum adjectum liegt, welches die Reservierung des Eigenthumes und Besitzes in sich faßte. Demjenigen, welcher sich das constitutum possessorium vorbehielt, könnte auch nicht die Einrede gemacht werden, daß dieser Ausdruck nach dem Rechtsbegriffe seine Intention nicht darstelle, und er seinen Vorbehalt klärer hätte ausdrücken sollen.[51] Allein dieser Ansicht mangelt es so sehr an Allgemeinheit, daß nicht nur die Theorien der Rechtsgelehrten abweichen, sondern auch nicht die Gerichte, und noch weniger deren Individuen über die wirklichen Vortheile einige sind.

Soll das Constitutum Kraft äussern, so muß immer nur der concrete Fall vorgestellt werden, und die zu erzielenden Wirkungen können nur durch äussere Umstände erzeugt, nie aber aus seinem gesetzlichen Begriffe abgeleitet werden.

Abgesehen von den Präjudizien des höchsten Gerichtshofes, welche in zweifelhaften Fällen die Ent=

51) L. R. Th III. Kap. 2 § 12. — Th. IV. K. 1 § 18 und den Noten. n. 2.

scheidung geben, können nur die Praxis der Untergerichte und der besondere Inhalt der Verträge als die nächste Quelle erscheinen, aus welcher die Wirkungen geschöpft werden müssen. Die Praxis kann sich aber nur auf die Ansicht, nach welcher ein Untergericht den Vorbehalt des constitutum den Verträgen einverleibt, gründen, und beurkundet sich vorzüglich und zunächst in mehrfältig gleichen Entscheidungen. Sollen Briefe über die Wirkungen entscheiden, so muß in ihnen der Vorbehalt des constitutum genügend erläutert seyn, und der Entscheidung wird eine Interpretation, gegründet auf den Inhalt des Vertrages, an die Hand gehen.

Ein besonderer Fall wird die Sache erläutern.

Kaufbrief ad 3000 fl.

"Ich beurkunde und bekenne hiemit, das Anwesen zu * *, nach dem ich mich bey dem angehäuften Passivstand des * * veranlaßt sah, dasselbe in Folge des laut Kaufbrief vom * * vorbehaltenen constitutum possessorium zu vindiciren, und auf den gerichtlichen Verkauf zu dringen, dieser Verkauf auch nach ergriffener Appellation durch eine allerhöchste Hofraths-Resolution vom * * bestättigt wurde, an * * * * um die Summe von 3000 fl. käuflich zu überlassen.

— Und wird sich bis zur Erfüllung der Kaufs- und Zahlungs-Bedingnisse des constitutum posses-

sorium auf sämmtlichen Realitäten ausdrücklich vorbehalten.„

Auf diesen Vorbehalt wurde das jus separationis in Anspruch genommen, und dem constitutum ein Vorbehalt des Besitzes, welchem sich von selbst die Eigenthums-Reservation anschliesse, untergelegt. Nach der aufgestellten Ansicht mußte der Käufer dem Verkäufer den Besitz constituiren, wodurch sich ebenfalls von selbst die Erklärung ergebe, daß er die gekaufte Sache nicht in eigenem Namen, sondern blos für den Verkäufer detiniren wolle. Durch den Vorbehalt des Besitzes werde der Käufer ohngeachtet der Übergabe der verkauften Sache, als ein blosser Detentor erklärt, und daher das Eigenthum so lange nicht übergetragen, als die Bedingnisse nicht erfüllt sind. Durch die Verweigerung des Besitzes werden nehmlich dem Käufer die Möglichkeit benommen, das Eigenthum zu erwerben.

Zu umgehen, daß dem constitutum willkührlich ein nicht gesetzlicher Begriff beygelegt wird, kömmt rücksichtlich des als wirksam anzunehmenden Vorbehaltes des Besitzes zu bemerken, daß sich der Eigenthums-Erwerb schon in der Detention verbunden mit dem Kaufstitel begründet, und in dem Vorbehalte des Besitzes sich nur ein animus possidendi, nicht domini ausspricht, wodurch nur ein

abgeleiteter Besitz erzeugt wird. Aber die Annahme des Besitzes ist unrichtig, denn wie lassen sich die Arten des stillschweigenden constitutum erklären, und wie kann insbesondere das pignus cum precario eine species constituti seyn? Es lassen sich in dieser Ansicht grelle Widersprüche aufdecken. Im Vorbehalte will man ausdrücken, als erhalte der Käufer nie Besitz, bedenkt aber nicht, daß er ihn vorerst erwerben müsse, um als Constituent zu erscheinen. Hier kann nur von einer Rückgabe des Besitzes die Rede seyn, nie aber von einem solchen Vorbehalte, in welchem ihn Käufer nie erhalten soll, denn es fiele jedes constitutum zusammen, und erschiene höchstens eine procuratio possessionis exercendæ causa.

Vortheilhafter wird sich die Erklärung geben, wenn der Sinn des constitutum aus dem übrigen Inhalte des Briefes ermessen wird. Schon im Eingange ist die Ansicht, nach welcher das constitutum eingemengt wurde, deutlich ausgesprochen, und die Absicht der Contrahenten klar ausgedrückt. Das in den Vorbehalt ausdrücklich gelegte Vindicationsrecht begründet dem Verkäufer wirklich das jus separationis. 52)

52) Eben so wird das possessorische Constitut in Wirkung treten, wenn z. B. die Intention dahin ausgesprochen ist, daß im Zahlungssaumsal zum neuen Verkaufe geschritten werden dürfe.

Nun glaube ich zur Erläuterung der wahren Ansicht des constitutum genug gesagt zu haben. Sie ist bereits durch neuere Schriften mehrfältig aufgeregt, aber doch zu wenig verbreitet, als daß die Rechtswissenschaft nicht noch lange von dem Unsinne der *Clausula* constituti possessorii beherscht werden sollte. Wenn auch nicht zur Ehre der Wissenschaft, so dürfte doch die gänzliche Verbannung dieses Ausdruckes dadurch räthlich werden, daß bey allmählicher Verbreitung der wahren Ansicht leicht die Unkunde des Verkäufers resp. seines rechtsverständigen Beystandes die Gefährde der verwahrlosten Sicherung und nachtheiliger Proceßführung mehr als je erzeugen könnte.

Sinnstörende Fehler.

Seite 6. Zeile 7. anstatt § 2. ließ § 1.

— 19. „ 11. „ „ "in bisherigen dem„ ließ in dem bisherigen.

— 37. „ 4, 5, 6, 7, anstatt Um was diese Definition ꝛc. ꝛc. ließ Um was diese Definition zu viel und Unrichtiges in sich faßt, ist schon aus dem bisher Gesagten klar.

— 53. „ 5. nach rem ließ actionem.

— 59. „ letzte anstatt ve — vel.

— 65. „ 8. „ „ § 8. ließ (§§ 2. 8.)

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kienast, Anton

Darstellung der Lehre vom Constitutum possessorium nach römischen und baierischen Gesetzen

Ingolstadt 1819

Bavar. 1445 a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10375490-6